

مَشْرَح
فَتْحُ الْقَدِيرِ
لِلْعَاجِزِ الْفَقِيرِ

تأليف
أبي الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد

الجزء الثاني

دار
الكتاب العربي



شرح فتح القدير
للعائز الفقير

شرح فتح القدير للعلاجيز الفقيه

تأليف

الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

الجزء السادس

(الجزء السادس)

من شرح فتح القدير للعاجز الفقير

تأليف الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد

ابن عبد الجيد بن مسعود السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام
الحنفى المتوفى سنة ٨٦١ مع تكملة نتائج الافكار فى كشف الرموز والاسرار

للمولى شمس الدين أحمد المعروف بقاضى زاده المتوفى سنة ٩٨٨ مع

الكفاية لمولانا جلال الدين الخوارزمى الكركلاى على الهداية

شرح بداية المبتدى تأليف شيخ الاسلام برهان الدين أبى

الحسن على بن عبد الجليل أبى بكر المرغينانى

الرشيدانى المتوفى سنة ٥٩٣ فى

الغنى على مذهب الامام

الاعظم أبى حنيفة ربههم

الله ونفعنا بهم

آمين

وبهامشه بقبية شرح العناية على الهداية للامام أكمل الدين محمد بن محمود

البارقى المتوفى سنة ٧٨٦ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المغنى

الشهير بسعدى جلبي وسعدى أفندى المتوفى سنة ٩٤٥ على شرح

العناية المذكور وعلى الهداية

* (تنبيه) * قد جعلنا الهداية وفتح القدير والكفاية فى الصلب الاول فى صدر

الصفحة ويليها الثانى مفصولا بينهما جدول ثم الثالث مفصولا بينهما جدول

وكذلك جعلنا شرح العناية وحاشية سعدى جلبي الاول فى صدر الهامش

ويلىه الثانى والتعقيب تابع للهداية فليعلم

* (قال فى كشف الظنون) *

ان الهداية كالقرآن قد نسخت * ما صنفرها قبلها فى الشرع من كتب

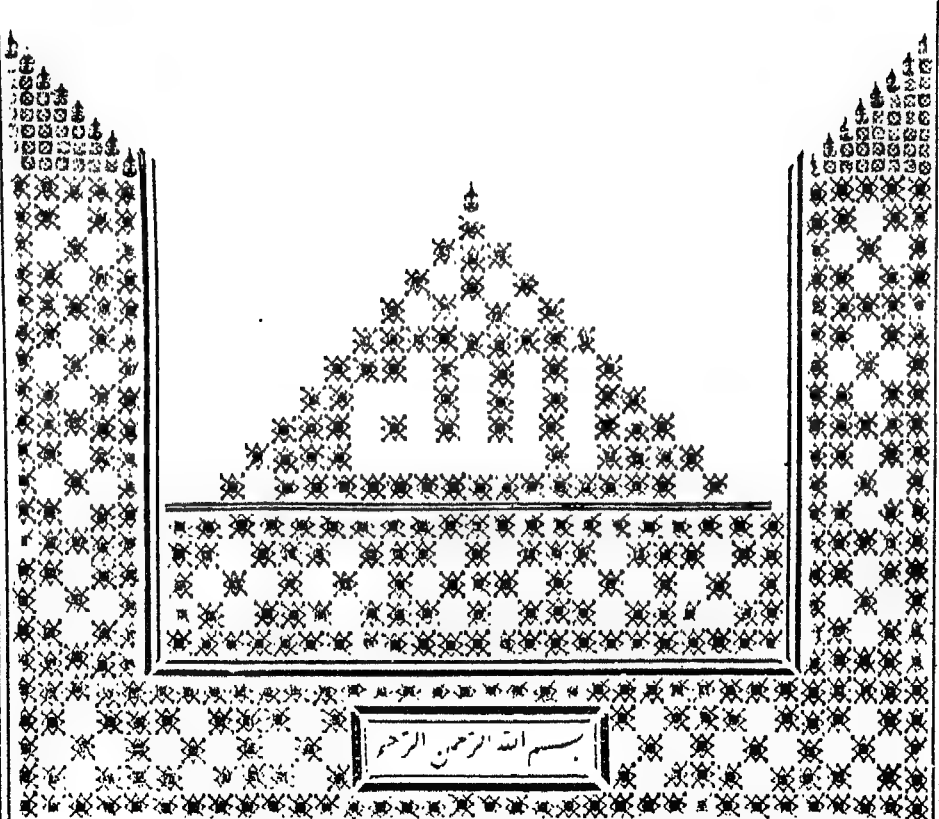
فاحفظوا عدها واسلك مسالكها * بسلم مقالك من زبغ ومن كذب

(وقال بعضهم)

برهان دين الله حارس شرعه * ام الكرامة مقتدى علمائه

أعلى لواء العلم حتى أصبحت * علماء دين الله تحت لوائه

وعلى هذا الكتاب المستطاب لمحمد بن عبد الواحد السكندري
وذلك فى شهر رمضان المبارك سنة ١٣٤٥ هـ



*** (باب خيار العيب) ***

(واذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاعرده لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخير

*** (باب خيار العيب) ***

تقدم وجه ترتيب الخيارات والاضافة في خيار العيب اضافة الشيء الى سببه والعيب والعيبة والعاب بمعنى واحد يقال عاب المتاع أي صار ذا عيب وعابه ز لا يتعدى ولا يتعدى فهو معيب ومعيوب أي ضاع الى الاصل والعيب ما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة مما يعديه ناقصا (قوله) واذا اطلع المشتري على عيب في المبيع ولم يكن شرط البراءة من كل عيب (فهو بالخيار ان شاء أخذ) ذلك المبيع (بجميع الثمن وان شاعرده) هذا اذا لم يتمكن من ازالته بلامشقة فان تمكن فلا كاحرام الجارية فانه بسبيل من تحل لها ونجاسة الثوب وينبغي له على ثوب لا يفسد بالغسل ولا ينتقص وانما ثبت له هذا الخيار (لان مطلق العقد) وهو ما لم يشترط فيه عيب يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخير (بيان الاول من المنقول والمعنى) أما المنقول فاعلم ان البخاري حيث قال ويدكر عن العلاء بن خالد قال كتب لي النبي صلى الله عليه وسلم هذا ما شترى محمد رسول الله من العلاء بن خالد بيع المسلم من المسلم عبد الاداء ولا نجسة ولا غائلة ثم قال البخاري وقال قتادة الغائلة الزنا والسرقة والاباق وروى ابن شاهين في المهجم عن أبيه قال حدثنا عبد العزيز بن معاوية القرشي قال حدثنا عبد بن ليث قال حدثنا عبد الحميد بن وهب أبو وهب قال قال لي العلاء بن خالد بن هوزة ألا قرئك كتابا كتبته لي رسول الله صلى الله

*** (باب خيار العيب) ***

(قوله لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة) لان الغالب في الاشياء هو السلامة فيقع العقد على ذلك

*** (باب خيار العيب) ***

آخر خيار العيب لانه يمنع اللزوم بعد التمام واطافة الخيار الى العيب من قبيل اضافة الشيء الى سببه اذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاعرده لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة أي سلامة المعقود عليه عن العيب لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى من عداء بن خالد بن هوزة عبدا وكتب في عهده هذا ما اشترى محمد رسول الله من العلاء بن خالد بن هوزة عبدا واداء ولا نجسة يبيع المسلم من المسلم وتفسير الاداء فيما رواه الحسن عن أبي حنيفة المرض في الجوف والكبد والورثة ٣ فان المرض ما يكون في سائر البدن والاداء ما يكون في الجوف والكبد والورثة وفيما روي عن أبي يوسف أنه قال الداء المرض والغائلة ما تكون من قبيل الافعال كالاباق والسرقة والنجسة هي الاستحقاق وقيل هي الجنون وفي هذا تنبيه على أن البيع يقتضي سلامة المبيع عن

*** (باب خيار العيب) ***

العيب ما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة

العيب بوصف السلامة يغوب بوجود العيب فعند فواته يتخير لان الرضا داخل في حقيقة البيع وعند فواته ينتفي الرضا فيتضرر بلزوم ما لا يرضى به فان قيل تقترن بكلامه على الوجه المذكور يستلزم انتفاء البيع لان مطلق العقد اذا اقتضى وصف السلامة كان مستلزما له فاذا فات للزوم انتفى الملزوم فالجواب ان المطلق ينصرف الى الكمال وهو العقد اللازم ومن انتفائه (3) لا يلزم انتفائه انعقد وليس له أن يحسكه

ويأخذ النقصان) لان الغائب وصف اذ العيب اما أن يكون بما وجب فوات جزء من المبيع أو بغيره من حيث الظاهر كالعمى والعور والشلل والزمانة والاصمى الناقصة والسن والسوداء والسن الساقطة واما أن يكون بما وجب النقصان معني لاصوره كالسعال القديم وارتفاع الحبض في زمانه والزنا والدفن والخرفي الجار يتوفي ذلك كله فوات وصف والاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لان الثمن اما أن يقابل بالوصف والاصل أو بالاول دون الثاني أو بالعكس لاسبيل الى الاول والثاني للتلاؤدي الى مزاوجة التبع الاصل فحين الثالث (قوله في مجرد العقد) احترازا عما اذا كانت الاوصاف متصودة بالتناول كانت تقدم (قوله ووصف السلامة يغوب بوجود العيب فعند فواته) أقول ضمير فواته راجع الى وصف (قوله لان الرضا داخل في حقيقة البيع) أقول أي البيع اللازم (قوله ينتفي الرضا) أقول أي ظاهرا (قوله اذا اقتضى وصف السلامة كان مستلزما) أقول هذا غير مسلم وانما

كي لا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به وليس له أن يحسكه ويأخذ النقصان لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن عليه وسلم قال قلت بلى فأخرج لي كتابا هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوزة من محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم عبد أو أمة لاداء ولا غالة ولا خمسة ببيع المسلم المسلم في هذا أن المشتري العداء وفي الاول أنه النبي صلى الله عليه وسلم وصح في المغرب أن المشتري كان العداء وتعلق البخاري انما يكون صحيحا اذا لم يكن بصيغة التمر يض كيد كز بل بنحو قوله وقال معاذ لاهل اليمن ففي قوله عليه الصلاة والسلام ببيع المسلم المسلم دليل على أن يبيع المسلم المسلم ما كان سليما ويدل عليه قضاء عليه الصلاة والسلام بالرديه على ما سئل أبي داود بسنده الى عائشة أن رجلا ابتاع غلاما فقام عنده ما شاء الله أن يقيم ثم وجده عيبا فخاصمه الى النبي صلى الله عليه وسلم فرد عليه فقال الرجل يا رسول الله قد استغل غلامي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انخرج بالضمين وفسر الخطابي الداء بما يكون بالرفيق من الادواء التي يرد بها كالجنون والجذام ونحوها والخبيثة ما كان خبيث الاصل مثل أن يسي من له عهد يقال هذا سي خبيثة اذا كان ممن يحرم سبييه وهذا سي طيبة بوزن خبيثة ضده ومعنى الغالة ما يغتال حقت من حيلة وبإداس عليك في المبيع من عيب وتفسيره للداء توافق تفسير أبي يوسف له وأما أبو حنيفة ففسره فيهمارواه الحسن عنه بالمرض في الجوف والكبد والرئة وفسر أبو يوسف الغالة بما يكون من قبيل الافعال كالاباق والسرقة وهو قول الرخشي الغالة الخصلة التي تغول المال أي تملكه من اباق وغيره والخبيثة هو الاستحقاق وقيل هو الجنون وأما المعنى فلان السلامة لما كانت هي الاصل في المخلوق انصرف مطلق العقد اليها ولان العادة أن العقد الى ما هو متحقق من كل وجه لان دفع الحاجة على التمام به يكون والناقص معدوم من وجه فلا ينصرف اليه الا بذكره وتعيينه ولما كان القصد الى التمام هو الغالب صار كالمشروط فيتخير عند فقده (كي لا يتضرر بالزام ما لم يرض به) (قوله وليس له أن يحسكه ويأخذ النقصان) أي نقصان العيب وبه قال الشافعي خلافا لاجد لان الخيار يثبت لدفع الضرر عن المشتري فلا يتحقق على وجه وجب ضرر راعى الآثر من غير التزام له والبايع يلتزمه لانه حين باعه بالمسمى لم يرض بوزاله عن ملكه الا به وان كان معيبا وهذا لان الظاهر معرفته بالعيب فانزل عالمه لعل ممارسته له في مدة كونه في يده ولذا بعينه انفق العلماء على انه اذا باعه على انه معيب فوجده سليما لا خيار له ولا يقال انه ما رضى بالثمن الاسمي الاعلى اعتبارا انه معيب فلا يكون راضيا به حين وجده سليما لانه انزل عالمه بالوصف السلامة فيه حيث باعه بالمسمى كان راضيا بالثمن على اعتباره سليما فلا يرجع بشيء كما جعل عالمه بالعيب فانزل غير راض فيه معيبا الا بذلك الثمن فلا يرجع عليه بشيء بل يتخير في أخذه أو رده فان بذلك يعتدل النظر من الجانبين في دفع ضرر لم يلتزمه واحدا منهما به فهذا الوجه هو الاول وجه وذكروا المصنف قبل قوله (ولان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بمجرد العقد) فليس له أن يأخذ في مقابلة فواته شيئا وهذا لان الثمن عين فاعلم يقابل به مثله والوصف دونه فانه عرض لا يحجز بانفراده فلا يقابل به الاتبع المعروفه غير منقر عنه وقوله بمجرد العقد احترازا عما اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة ككل وضرب البائع الدابة

الوصف لان كل واحد من العاقلين صاحب عقل وتمييز يأبى أن يغبن أو يغبن وروى أن النبي عليه السلام اشترى عبدا من العداء بن خالد وكتب في صكه هذا ما اشترى محمد رسول الله من العداء بن خالد لا غالة ولا خبيثة وهذا تنصيص على أن العقد يقتضى السلامة في المبيع عن العيب والغالة ما يكون من قبل الافعال كالاباق والسرقة والخبيثة هو الاستحقاق وقيل الجنون (قوله لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن) لان الثمن عين يكون كذلك لوقت اقضاء اقتضاء تاما لا يجوز ان يتخلف عنه ومن أين يثبت ذلك (قوله وفي ذلك كله فوات الخبز فواته الوصف يعلم مما أسلفه الشارح في أوائل كتاب البيع) (قوله للتلاؤدي الى مزاوجة التبع الاصل) أقول أنت جدير بان المزاوجة في الاول وفي الثاني ترجع التبع على الاصل فاعلم (قوله كما تقدم) أقول في أوائل كتاب البيع

(قوله ولانه لم يرض بزواله) دليل آخر على عدم جواز امساكه باخذ النقصان أى قيمته وأرشد وتقرر به ان البائع لم يرض بزوال المبيع عن ملكه باقل من المسمى وفي امساكه وأخذ النقصان زواله بالاقول فلم يكن مرضيه وعدم رضا البائع بزوال المبيع منافا لجود البيع فيكون الزام على البائع بلا بيع وفيه من الضرر ما لا يخفى والمشتري وان كان يتضرر بالعيب أيضا لكن يمكن تداوكه برد المبيع بدون مضرة فلا ضرورة في أخذ النقصان قبل البائع اذا باع مع عيبا فاذا هو سليم البائع يتضرر ولما أن الظاهر انه نقص الثمن على ظن انه معيب ولا خيار له وعلى هذا فالواجب اما شمول الخيار لهما أو عدمه (٤) لهما وأوجب بان المبيع كان في يد البائع وتصرفه وممارسته طول زمانه فانزل عالما

في مجرد العقد ولانه لم يرض بزواله عن ملكه باقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشتري يمكن بالرد بدون ضرره والمراد عيب كان عند البائع ولم يرضه المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك رضاه قال (وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب) لان الضرر بنقصان المالمية وذلك بان نقصان القيمة والرجوع في معرفته عرف أهله (والابان والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب مالم يبلغ

فتعيب فان الوصف حينئذ يفرد بالاضمان ويخير المشتري وكذا اذا قطع البائع يد المبيع قبل القبض فانه يسقط نصف الثمن لانه صار مقصودا بالتناول أو حكما بان امتنع الرد لحق البائع كان عيب عند المشتري بعيب آخر وألحق الشرع بان جنى جناية ولو اقلنا ان من اشترى بقرة فحلبها وشرب لبنها ثم ظهر له عيب لا يرد لها لان تلك الزيادة التي أتلفها حزم مبيع لانها تباع محض * (فرع) * لو صالح المشتري البائع عن حق الرد بالعيب على مال يجوز وبه قال مالك والشافعي في وجه وفي وجه لا يجوز والاتفاق على عدمه في خيار الشرط والرؤية (قوله وكل ما أوجب نقصان الثمن) الذي اشترى به (في عادة التجار فهو عيب) وهذا ضابطا بعيب الذي يرد به وهذا لان ثبوت الرد بالعيب لتضرر المشتري وما لو أوجب نقصان الثمن يتضرر به والمرجع في كونه عيبا أولا لاهل الخبرة بذلك وهم التجار أو باب الصنائع ان كان المبيع من المصنوعات وهذا قالت الائمة الثلاثة وسواء كان ينقص العين أو لا ينقصها ولا ينقص منافعها بل مجرد النظر اليها كالظفر الاسود الصحيح القوى على العمل وكفى جارية تركبة لا تعرف لسان الترك (قوله والابان والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغير) وقوله (مالم يبلغ) بمعنى مدة عدم بلوغه يجزى مجزى البدل من الصغير واذا كان

فيكون مقابلا بالعين دون الوصف لانه عرض غير متقوم فاني يقابله عين متقوم ولان الثمن لا يخسرو اما أن يقابل بالوصف والاصل وفيه تسوية بين التبع والاصل أو بالوصف فقط وفيه ترجيح التبع على الاصل أو بالاصل دون الوصف وهو المرام (قوله في مجرد العقد) احتراز به عما اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة ككلو قطع البائع يد المبيع قبل القبض فانه يسقط نصف الثمن لانه صار مقصودا بالتناول أو حكما بان امتنع الرد لحق البائع بالتعيب عند المشتري وألحق الشرع بالجناية ولانه لو أمسكه وأخذ النقصان لتضرر به البائع لانه ماضى بزوال المبيع عن ملكه لا بملك الثمن ولو أمسكه ولا باخذ النقصان لتضرر به المشتري وبالرد يدفع الضرر عنه ولا تضرر البائع فصرنا له فان قيل يشكل هذا بما اذا باع معيبا فاذا هو سليم فلا خيار للبائع وان كان البائع يتضرر بثمن المعيب في السلم لما أن الظاهر انه نقص الثمن على ظن انه معيب فعلى ذلك ينبغي أن لا يثبت الخيار للمشتري ههنا اذا ظهر السلم معيبا وان كان يتضرر به المشتري أو يثبت الخيار هناك للبائع أيضا كما يثبت للمشتري ههنا قلنا المبيع كان في يد البائع وتصرفه وممارسته طول زمان فانزل عالما بصفة ملكه فلا يكون له الخيار وان ظهر بخلافه فلما اشترى فانه ماضى المبيع أصلا فلو قلنا بلزوم العقد مع العيب يتضرر المشتري من غير علم حصل به فيثبت له الخيار (قوله والابان والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغير) وفي الايضاح والسرقة والبول في الفراش في حالة الصغر قبل أن ياكل وحده

بصفة ملكه فلا يكون له الخيار وان ظهر بخلافه وما المشتري فانه ما رأى المبيع فلو ألزمتنا العقد مع العيب تضرر من غير علم حصل له فيثبت له الخيار ثم المراد من العيب الموجب للخيار عيب كان عند البائع ولم يرضه المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك أثر رؤية العيب عند احدي الحالين وضا بالعيب دلالة قال (وكل ما أوجب نقصان الثمن) العيب ما يخلو عنه أصل القطرة السليمة وذكر المصنف رحمه الله ضابطة كلية يعلم بها العيوب الموجبة للخيار على سبيل الاجال فقال (وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لان الضرر بنقصان المالمية) ونقصان المالمية) بانقصان القيمة فالتقص بانقص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله) قال (والابان والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغير) الذي يعقل اذا أتى من مولاه مادون السفر من المصر الى القرية أو بالعكس فذلك عيب لانه يغوث المنافع على المولى والسفر وما دونه فيه سواء فلو أبقى الخيارية من الغاصب الى مولاه فليس بابان وان أبقى منه ولم ترجع الى مولاه عالمة بمنزله وتقوى على الرجوع اليه فهو عيب وان فات أحدهما فليس بعيب واذا بال في الفراش وهو يميزنا كل وحده وبشر بوحده فكذلك واذا سرق درهمان من مولاه أو من غيره فكذلك لا خلاف لاهل المأقصد لانه لا يامن على ماله ويشق عليه حفظ ماله على الدوام وتقطع يده في سرقة مال غيره فيكون عيبا بلا تفرقة بين المولى وغيره الا في الما كولات لا كل فان سرقته من مولاه ليست بعيب فاذا وجد هذه الاشياء من الصغير الما والمشتري في حال سرقه فهو عيب بزواله ووجدت عندهما

فاذا

أو بالعكس فذلك عيب لانه يغوث المنافع على المولى والسفر وما دونه فيه سواء فلو أبقى الخيارية من

الغاصب الى مولاه فليس بابان وان أبقى منه ولم ترجع الى مولاه عالمة بمنزله وتقوى على الرجوع اليه فهو عيب وان فات أحدهما فليس بعيب واذا بال في الفراش وهو يميزنا كل وحده وبشر بوحده فكذلك واذا سرق درهمان من مولاه أو من غيره فكذلك لا خلاف لاهل المأقصد لانه لا يامن على ماله ويشق عليه حفظ ماله على الدوام وتقطع يده في سرقة مال غيره فيكون عيبا بلا تفرقة بين المولى وغيره الا في الما كولات لا كل فان سرقته من مولاه ليست بعيب فاذا وجد هذه الاشياء من الصغير الما والمشتري في حال سرقه فهو عيب بزواله ووجدت عندهما

فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ) ومعناه اذا ظهرت عند البائع في صغره ثم حدثت عند المشتري في صغره فله أن يردده لانه عين ذلك وان حدثت بعد بلوغه لم يردده لانه غيره وهذا لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالمول في الفراش في الصغر لضعف المثانة وبعد الكبر لاداء في باطنه والاباق في الصغر لحب اللعب والسرقة لانه المبالاة واما بعد الكبر فحب في الباطن والاراد من الصغير من يعقل فالما الذي لا يعقل فهو زال لا آبق فلا يتحقق عيبا قال

ذلك عيبا في الصغير فظهرت عند البائع ثم وجدت أيضا عند المشتري في الصغره أن يردده به ثم قال القدروري (فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ) وقد أعطى المصنف معنى هذه الجملة حيث قال (ومعناه) أي معنى قوله فاذا بلغ الى آخره وحاصله انه اذا ظهرت هذه الاشياء عند البائع في صغره ووجدت عند المشتري بعد البلوغ لم يردده لانه غير ذلك الذي كان عند البائع وبينه (بأن سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش) للصغير (لضعف المثانة وبعد الكبر لاداء في الباطن والاباق في الصغير لحب اللعب والسرقة) في الصغير (لانه المبالاة واما بعد الكبر فحب في الباطن) فاذا اختلف سببها بعد البلوغ وقبله كان الموجود منها بعينه غير الموجود منها قبله واذا كان غيره فلا يردده لانه عيب حادث عنده بخلاف ما اذا ظهرت عند البائع والمشتري في الصغر أو ظهرت عندهما بعد البلوغ فان له أن يرددهم او اذا عرف الحكم وجب أن يقرر اللفظ المذكور في المختصر وهو قوله فاذا بلغ فليس ذلك الذي كان قبله عند البائع بعيب اذا وجد بعده عند المشتري حتى يعاوده بعد البلوغ عند المشتري بعدما وجد بعده عند البائع واكتفي بلفظ المعاودة لان المعاودة

في حال كبره فكذلك وأما اذا اختلف فكان عند البائع في صغره وعند المشتري في كبره فلا يرد به لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر على ما قال في الكتاب

و بشر بوحده ليس بعيب لانه لا يعقل ما يعقل وبعد ذلك هو عيب مادام صغيرا وكذا الاباق وبعض مشايخنا قالوا البول في حالة الصغر انما يكون عيبا اذا كان ابن خمس فافوقه وأما اذا كان ابن سنة أو سنتين فليس ذلك بعيب والسرقة وان كانت أقل من عشرة دراهم عيب لان السرقة انما كانت عيبا لان الانسان لا يامن من السارق على مال نفسه وفي حق هذا المعنى العشرة وما دونها سواء وقبل وما دون الدرهم فهو فلس أو فلسين أو ما أشبه ذلك لا يكون عيبا والعيب في السرقة لا يختلف بين أن يكون من المولى أو من غيره الا في المأ كولات فان سرق ما يؤكل لاجل الاكل من المولى لا يعد عيبا ومن غير المولى يعد عيبا وسرق ما يؤكل لاجل الاكل بل للبيع عيب من المولى وغيره واذا نقب البيت ولم يحتلس فهو عيب والاباق مادون السرقة عيب بخلاف بين المشايخ وتكاملوا في أنه هل يشترط انطروج من البلدة وهذا لان الاباق انما كان عيبا لانه لو جوفات المنافع على المولى وفي حق هذا المعنى السفر وما دونه سواء وفي نوادر بشر عن أبي يوسف رحمه الله رجل اشترى أمته وأبنت عنده ثم جدها واستخدمها سنة فعيب الاباق لازم لها وكذلك لو أبنت من رجل كانت عنده باجارة أو عارية أو ودعته ولو أبنت من الغاصب الى مولاهما فهذا ليس باباق وان أبنت فلم يرجع الى الغاصب ولا الى المولى وهي تعرف منزل مولاهما وتغوى على الرجوع اليه فهذا عيب وان كانت لا تعرف منزل مولاهما ولا تغوى على الرجوع فهو ليس بعيب وفي الفوائد الظهيرية وههنا مسألة عجيبه وهي أن من اشترى عبدا صغيرا فوجده يبول في الفراش كان له أن يردوان لم يتمكن من الرد حتى تعيب عنده بعيب آخر كان له أن يرجع بنقصان العيب فلورجع بنقصان العيب ثم كبر العبد هل للبائع أن يسترد ما أعطى من النقصان لزوال العيب بالبلوغ لا رواية لهذه المسئلة في الكتب ثم قال رضي الله عنه كان والدي رحمه الله يقول ينبغي أن يسترده استدلالا بسنتين احدهما أن الرجل اذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج كان له أن يرددها فان تعيبت عنده بعيب آخر رجوع بالنقصان فاذا رجع بالنقصان ثم أبانها زوجها كان للبائع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب فكذلك فيما نحن فيه والثانية اذا اشترى عبدا فوجده مريضا كان له أن يردده فان تعيب عنده بعيب آخر رجوع بالنقصان فاذا رجع ثم برأ من مرضه هل للبائع أن يسترد النقصان قالوا ان كان البرء من المداواة لم يكن له أن يسترد والا فله ذلك والبلوغ ههنا لا بالمداواة فكأن له أن يسترده (قوله حتى يعاوده بعد البلوغ في يد البائع ثم يبيعه فيعاوده في يد المشتري فحينئذ يكون عيبا) وحاصل الكلام

(والجنون في الصغري عيب أبدا) ومعناه اذا جن في الصغري في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري فيه أو في الكبر برده
لانه عين الاول اذا السبب في الحالين متحد وهو فساد الباطن وليس معناه أنه لا يشترط المعاودة في يد المشتري

لا تكون حقيقة الا اذا اتحد الامر لانه لا يقال عاود يد فيما اذا ابتدأ غير فعرض تحقق المعاودة بعد البلوغ
لوجب وجوده منه قبل البلوغ أيضا والافلام معاودة وقوله ليس بعيب أي لا رده وقوله والمراد من الصغري الى
آخرة تقييد للصغري الذي ذكر أنه اذا وجد منه شيء من هذه الامور عند البائع والمشتري يرد بان يكون صغيرا
يعقل وأما الصغري الذي لا يعقل فهو اذا فقد ضال لا آبق وكذا لا يكون بوله وسرقته عيبا قال في الايضاح
السرقه والبول في الفراش قبل أن ياكل وحده ويشرب وحده ليس بعيب لانه لا يعقل ما يفعل وبعد ذلك
عيب مادام صغيرا وكذا روى أبو يوسف في المال عن أبي حنيفة وفي بعض المواضع ويستحب وحده
واذا قدر بها حذو ما قدر به في الحضنة اقتضى أن يكون ابن سبع سنين اذا صدر منه ذلك لا يرد به لانهم
قدروا الذي ياكل وحده الى آخرة بذلك لكن وقع التصريح في غير موضع بتقديره بدون خمس سنين وفي
القوائد الظهريته هنا مسألة بحجية هي أن من اشترى عبدا صغيرا فوجده يبول في الفراش كان له الرد ولو
تعب بعيب آخر عند المشتري كان له أن يرجع بالنقصان فاذا رجع به ثم كبر العبد هل للبائع أن يسترد
النقصان لزوال ذلك العيب بالبلوغ لا راية فيها قال وكان والذي يقول ينبغي أن يسترد استدل بالبعثتين
احدهما اذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج كان له أن يردّها ولو تعيبت بعيب آخر رجوع بالنقصان
فاذا رجع به ثم أبانها الزوج كان للبائع أن يسترد بالنقصان لزوال ذلك العيب فكذا في ما نحن فيه والثانية
اذا اشترى عبدا فوجده مريضا كان له الرد ولو تعيب بعيب آخر رجوع بالنقصان فاذا رجع ثم برئ
بالمداواة لا يسترد والاسترد بالبلوغ هنا بالمداواة فينبغي أن يسترد انتهى وفي فتاوى فاضل بن اشترى جارية
وادعى انها لا تحيض واسترد بعض الثمن ثم حاضت قالوا اذا كان البائع اعطاه على وجه السلم عن العيب
كان للبائع أن يسترد ذلك وفيها أيضا اشترى عبدا فبعضه فمعه عنده وكان يحجم عند البائع قال الامام أبو بكر
محمد بن الفضل المسئلة بحفوفة عن أصحابنا أنه ان حم في الوقت الذي كان يحجم فيه عند البائع كان له أن يردّه
وفي غيره فلا يقل له فلو اشترى أرضا فنزعت عند المشتري وقد كانت تنزع عند البائع قال له أن يرد لان سبب النزاع
واحد وهو تسفل الأرض وتزب الماء الا أن يجي ماء غالب أو كُن المشتري رفع شيئا من ترابها فيكون النزاع
غير ذلك أو يشبهه فلا يدري انه عينه أو غيره قال القاضي الامام يشكل على الزيادة اشترى جارية بيضاء
احدى العينين ولا يعلم ذلك فأنجل البياض عنده ثم عاد ليس له أن يرد وجعل الثاني غير الاول ولو اشترى جارية
بيضاء احدى العينين وهو يعلم ذلك فلم يقبضها حتى أنجل فلم يجعله عيبا عند البائع ليس للمشتري الرد وجعل الثاني
عين الاول الذي رضى به اذا كان الثاني عند البائع ولم يجعله عينه اذا عاد البياض عند المشتري وقال لا رد ثم
قال القاضي الامام كنت أشاور شمس الأئمة الحلواني وهو يشاور معي فيما كان مشكلا اذا اجمعتنا فاورثه
في هذه المسئلة فساله فقلت منه فرقا (قوله والجنون عيب أبدا) هذا القضاة بخلافه فلو جن في الصغري
يد البائع ثم عاوده في يد المشتري في الصغري أو في الكبر برده لانه عين الاول لان السبب للجنون في حال الصغري
والكبر متحد (وهو فساد الباطن) أي باطن الدماغ فهذا معنى لفظنا أبدا المذكور في لغتنا متحد وليس معناه
انه لا يشترط المعاودة (الجنون في يد المشتري) كذا ذهب اليه طائفة من المشايخ فاذا ثبتوا حق الرد بمجرد وجود

قال (والجنون في الصغري عيب أبدا) معناه ان الجنون فارق العيوب المذكورة في عدم اشتراط اتحاد الحالتين لان السبب في الباطن واحد وهو فساد الباطن فاذا جن في يد البائع في صغره يوما أو ساعة ثم عاوده عند المشتري في كبره رده به وليس معناه ان المعاودة في يد المشتري بشرط كمال اليه شمس الأئمة الحلواني وشيخ الاسلام وهو رواية المتقي بناء على أن آثاره لا ترتفع وذلك تبين في حاليق عينه

أن هذه الاشياء لو كانت قائمة به لكان الصغري عاوده في يد المشتري في حال الصغري كان له الرد وكذلك لو كانت
في يد البائع بعد البلوغ ثم عاودت في يد المشتري لانه عين ما كان في يد البائع ولو حدث ذلك في يد المشتري بعد
البلوغ لا يكون له الرد لانه غير ما كان في يد البائع (قوله والجنون في الصغري عيب أبدا) أي سواء عاوده في
يد المشتري وهو صغير أو بالغ وفي الذخيرة واختلاف المشايخ في فصل الجنون أن معاودة الجنون في يد المشتري
هل هو شرط للرد بعضهم قالوا انها ليست بشرط بل اذا ثبت وجوده عند البائع برده واليس مال شمس الأئمة

لان الله تعالى قادر على ازالته بحيث لا يبقى من أثره شيء والاصل في العقد الزوم (٧) فلا يثبت ولاية الردالة بالعادة وهو المذكور

في الاصل والجامع الكبير قال (والدفر والجريعب في الجارية) الدفر راحة مؤذبة تجي من الابطوالدفر بالذال المحجمة شدة الراحة طيبة كانت أو كرهية ومنه مسك أذفر وابط دفر وهو مراد الفقهاء من قولهم الدفر عيب في الجارية وهكذا في الرواية والخبرين راحة الغم كل منهما عيب في الجارية لا لخلخل بما عسى يكون مقصودا وهو الاستغراش وليس بعيب في الغلام لانه لا يخل بالخدمة المقصودة منه الا أن يكون فاحشا لا يكون في الناس مثله لانه حينئذ يكون من داء والداء نفسه يكون عيبا والزنا ولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لان الاول يخل بالاستغراش والثاني بطلب الولد فان الولد يعبر رتا أمه وليس بمغفلين في المقصود من الغلام وهو الاستخدام الا أن يتكرر ذلك منه على ما قال المشايخ فانه يصير عادة ويحتاج الى

(قوله ومنه مسك أذفر وابط دفر وهو مراد الفقهاء من قولهم الخ) أقول فيه تأمل قال المصنف (والزنا ولد الزنا) فقلت وكيف المضاف والمضاف اليه (قوله والثاني بطلب الولد) أقول خص الثاني بخلخل طلب الولد مع أن الاول يخل به أيضا

لان الله تعالى قادر على ازالته وان كان قلما نزول فلا بد من المعاودة للرد (قال والخبر والدفر عيب في الجارية) لان المقصود قد يكون الاستغراش وطلب الولد وهما يخلان به وليس بعيب في الغلام لان المقصود الاستغراش ولا يخلان به الا أن يكون من داء لان الداء عيب (والزنا ولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام) لانه يخل بالمقصود

الجنون عند البائع وان لم يكن عند المشتري فهذا غلط لان الله تعالى قادر على ازالته (أي ازالته سببه) وان كان قلما نزول) وقد حققنا كثير من النساء والرجال جنوا ثم عرفوا بالمداءة فلم يعاودوا كونه البيع صدر بعد ازالته الله سبحانه وتعالى هذا الداء وزوال العيب فلا بد من تحقق قيام العيب (فلا بد من معاودة الجنون بالرد) وهذا هو الصحيح وهو المذكور في الاصل والجامع الكبير واختاره الاستيعابي قال محمد بعد قوله اذا جن مرة واحدة فهو عيب لازم أبدا باسطروا من المشتري باق أو جنون ولا يعلم القاضي ذلك فانه لا يستحلف البائع حتى يشهد شاهدان أنه قد بقي عند المشتري أو جن صرح باشتراط المعاودة في الجنون وهذا بخلاف ما اذا ولدت الجارية عند البائع لان البائع أو عند آخر فانها ترد على رواية كتاب المضاربة وهو الصحيح وان لم تلدنا عند المشتري لان الولادة عيب لازم لان الضعف الذي حصل بالولادة لا يزول أبدا وعليه الفتوى وفي رواية كتاب البيوع لا ترد في المحبط تسكما في مقدار الجنون فيسأل هو عيب وان كان ساعة وقيل ان كان أكثر من يوم وإيلة فهو عيب ويؤى وإيلة فسادونه ليس بعيب ويسأل المطلق عيب وما ليس يطبق ليس بعيب والسرقة وان كانت أقل من عشرة عيب وقيل مادون الدرهم نحو فلس أو فلسين ونحوه ليس عيبا والعيب في السرقة لا فرق فيه بين كونه من المولى أو من غيره الا في المأكولات فاز سرقتها بالاجل الاكل من المولى ليست عيبا ومن غيره عيب وسرقتها للبيوع من المولى وغيره عيب ونقب البيت عيب وان لم يسرق منه وابق مادون السرقة عيب بالخلل واختلغوا في انه هل يشترط خر وجه من البلد فليس شرط فلو ابقى من محلة الى محلة لا يكون عيبا ومن القرية الى مصر باق وكذا على العكس ولو ابقى من غاصبه الى المولى فليس بعيب ولو ابقى منه ولم يرجع الى المولى ولا الى الغاصب فان كان يعرف منزل مولاه ويقوى على الرجوع اليه فهو عيب وان لم يعرفه أولا يقدر فلا (قوله والدفر الخ) هذه أربعة أشياء عيب في الجارية وليس عيبا في الغلام والخبر والدفر والزنا ولد الزنا لان الجارية قد يراد منها الاستغراش وهذه المعاني تمنع منه فكانت عيبا بخلاف الغلام فانه للاستخدام خارج البيت وهذه ليست مانعة منه فلا يعد عيبا الا اذا كان الخبر والدفر من داء فيكون عيبا في الغلام أيضا لان الداء عيب وفي تناو قاضيه ان قال الا أن يكون فاحشا لا يكون مثله في عامة الناس فيكون عيبا وعن أبي حنيفة الدفر ليس عيبا في الجارية أيضا الا أن يتعش فيكون عيبا فيها دونه وقيل اذا كان العبد أمرد يكون الخبر عيبا به والصحيح انه لا فرق بين كونه أمرد وغيره والدفر نزع رجب الا بط يقال رجل أذفر وامرأة ذفر او من السب يقال بادفار معدول بن دافرة ويقال شمت دفر الشيء وذفره بسكون الفاء وفتحها كل ذلك والدال مهمله وأما بفتح الدال فبفتح الفاء لا غير وهو وحدة من طبيب أو نوزر بما خص به العيب فقيل مسك أذفر ذكره في الجهرة وفيها وصفت امرأة من العرب شيخا فقالت ذهب ذفره وأقبل بخدر قيل الرواية هنا والسماع بالدال غير المحجمة والخبر بالجيم عيب وهو ان تفاخ تحت السرقة ومنه سمى بعض الناس أبحر وفي الصحابة غالب بن أبحر أو قبله وسمى به فرس لعنزة وكذا الأذرو وهو عظم الحميتين والأذن عيب وهو

الخلوات وشيخ الاسلام رحمه الله وهو رواية المتقو وبعض مشايخنا قالوا المعاودة في يد المشتري شرط وهو المذكور في الاصل والجامع الكبير وتسكام المشايخ في مقدار ما يكون عيبا من الجنون قال بعضهم الجنون وان كان ساعة فهو عيب وقال بعضهم ان كان أكثر من يوم وإيلة فهو عيب أو ما يوم وإيلة فسادونه فليس بعيب وقال بعضهم المطلق عيب وغير المطلق ليس بعيب والخبر نزع راحة الغم والدفر راحة مؤذبة هي من الابط كذا في المبسوط ذكر في المغرب الدفر مصدر اذا غشيت راحته وبالسكون النزع وأما الدفر بالذال المحجمة فبالفتح لا غير وهو وحدة لراحة أينما كانت ومنه مسك أذفر وابط دفر وهو مراد

لاختصاص الثاني به (قوله فان الولد يعبر رتا أمه) أقول وتأتي النفس من الاستبدال من يعبر بسراية ذلك الى ولده

اتباعهن وهو مخجل بالخدمة قال (والكفر عيب فيهما) الكفر عيب في الجارية والغلام لان طبع المسلم ينفر عن محبة والنفر عن العصبية تؤدي الى قلة الرغبة وهي تؤثر في نقصان الثمن فيكون عيبا ولا يمنع صرفه عن كفارة القتل بالاتفاق وعن كفارتى اليمين والظهار عند بعض فخل بالربة فان اشتراه على انه مسلم فوجده كافرا فلا شبهة في رد الفان اشتراه على انه كافر فوجده مسلما مردده لان زوال العيب وزوال الشيء لا يكون اياه كما اذا اشترى معيبا فاذا هو سليم فعلى هذا ذكر الكفر فيما اشتراه على انه كافر للبراءة عن عيب الكفر لا للشرط بان يوجد فيه هذا الوصف القبيح لا بحالة وقال الشافعي يرد به (٨) لانه فأت شرط مرغوب لان الاولى بالمسلم أن يستعبد الكافر وكان السلف يستعبدون

في الجار يتوهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو الاستفراش الا ان يكون الزنا عاده له على ما قالوا لان اتباعهن يخل بالخدمة قال (والكفر عيب فيهما) لان طبع المسلم ينفر عن محبة مولاه لا يمنع صرفه في بعض الكفارات فتختل الرغبة فلا يشتراه على أنه كافر فوجده مسلما لا يردده لانه زوال العيب وعند الشافعي يردده لان الكافر يستعمل فيما لا يستعمل فيه المسلم وفوات الشرط بمنزلة العيب (قال فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض أو هي مستحاضة فهو عيب) لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء

من يسيل الماء من مخزبه والجرح الذي هو عيب هو الناشئ من تغير المعدة دون ما يكون لقلح في الاسنان فان ذلك يزول بتنظيفها وجهه كون الجارية ولدنا عيبا بانه يخل بالمقصود من طلب الولد لانها اذا كانت ولدا غير الولد بامه وقوله (الا ان يكون الزنا عاده) استثناء من قوله دون الغلام وقوله (على ما قالوا) يعني المشايخ (لان اتباعهن يخل بالخدمة) اذ كما هو وجه الحاجة اتبع هو اء وقال قاضي خاتن لو كان الزنا منه مرارا كان عيبا لانه يضعفه عن بعض الاعمال ويزداد بالحدود ضعفا في نفسه انتهى بل وفي عرضه ورجما تأذي به عرض سيدة ومن العيوب عدم الختان في الغلام والجارية المولدين البالغين بخلافهما في الصغيرين وفي الجلب من دار الحرب لا يكون عيبا مطلقا وفي فتاوى قاضي خاتن وهذا عندهم يعني عدم الختان في الجارية المولدة اما عندنا عدم الخفض في الجوارى لا يكون عيبا (قوله والكفر عيب فيهما) أي في الغلام والجارية (لان طبع المسلم ينفر عن محبة الكافر) للعداوة الدينية وفي الزامه به غاية الاضرار بالمسلم ولا يامن على الخدمة في الامور الدينية كتحذام الماء وضوء وحل المحض اليه من مكان الى مكان ولا يقدر على اعتناقه عن كفارة قتل خطا فقل رغبته والوجه هو الاول ولذا قلنا انه لو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يردده لانه زائل العيب والنكاح والدين عيب في كل من الجارية والغلام وعند الشافعي تفصيل حسن في الدين وهو انه ان كان دينيا تأخر الى ما بعد العتق فلا خيار له يرد به كدين معاملة بان اشترى شيئا بغير اذن المولى وان كان في رقبته بان جنى في يد البائع ولم يعدمه حق باعه فله رده الآن يقال بعد العتق قد يضره في نقصان ولائته وميراثه (قوله واذا كانت الجارية بالغة لا تحيض أو هي مستحاضة فهو عيب لان انقطاع الحيض) في أو انه (واستمراره علامة الداء) فكان الانقطاع والاستمرار دليلا على الداء والداء عيب وقد يولد المرض من الانقطاع في أو انه بخلاف ما اذا كانت بسن الالباس فان الانقطاع ليس عيبا حيث تنفذ في العيب فيهما بالداء ولذا قال بعضهم اذا أراد ان يرد عيب الانقطاع فلا يدعى الانقطاع بل ينبغي أن يدعى باحد السببين من الحبل أو الداء حتى تسمع دعواه لان الانقطاع بدونها لا يعد عيبا والمرجع في الحبل الى قول النساء وفي الداء قول الأطباء ولا يثبت العيب بقول الأطباء حتى تسمع الخصومة مع البائع الا ان يتفق منهم عدلان بخلاف العيب الذي لا يطلع عليه الا النساء فانه يقبل في توجه الخصومة قول امرأ أو واحد دعوى كذا في الحبل وفي الكافي نص على الاكتفاء في المرض الباطن بقول الفقهاء في قولهم والجرح والكفر عيب في الجارية وهو كذا في الرواية (قوله ولو اشتراه على انه كافر فوجده

العلاج والجواب ان هذا أمر راجع الى الهبانية ولا عبرة به في المعاملات فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض بان ارتفع عنها في أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند أبي حنيفة وادعى المشتري بعد ثلاثة أشهر من وقت الشراء فيها روى عن أبي يوسف أو أربعة أشهر وعشر فيها روى عن محمد وأستين فيها روى عن أبي حنيفة وروى عن رجهم الله انهم لم تحض لحبل بم أولاده كان ذلك عيبا ترد به والمرجع في الحبل قول النساء ويكتفى بقول امرأ أو واحدة في حق سماع الخصومة وفي الداء قول الأطباء يقبل فيه قول عدلين وقال أبو المعين يكفي قول عدل واحد منهم وقدنا بان تكون الدعوة بعد المدة المذكورة اذا ادعى في مدة قصيرة لا يلزم القاضي الاصغاء الى ذلك وبان تكون دعواه مشبهة على انضمام الحبل الى انقطاع الحيض أو على انضمام الداء

اليه لان الارتفاع بدون هذين الامرين لا يعد عيبا وكذا اذا بلغت المدة المذكورة وحاضت ولم ينقطع كان ذلك عيبا لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء لان العادة في التي خلقت على السلامة الحيض في ويعتبر

(قوله ولانه يمنع صرفه عن كفارة القتل) أقول الاولى ان يقال يمنع عن صرفه في كفارة القتل (قوله ولا عبرة به في المعاملات) أقول أي عند التجار (قوله وبان تكون دعواه مشبهة) أقول معطوف على قوله بان تكون الدعوى بعد المدة (قوله لان الارتفاع بدون هذين الامرين لا يعد عيبا) أقول فيه بحث الا يرى ان التعليل الذي ذكره بقوله لان ارتفاع الدم علامة الداء لان العادة الخ (قوله وكذا اذا بلغت المدة المذكورة) أقول التقييد بالبلوغ الى المدة المذكورة في الاستمرار ضائع بل يخل فان الاستمرار قبله عيب أيضا

و يعتبر في الارتفاع أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند أبي حنيفة رحمه الله ويعرف ذلك بقول
الامة فترداد النظم اليه نكول البائع قبل القبض وبعده وهو الصحيح

طيب عدل ولا يشترط العدد وانظمة الشهادة وهكذا نص عليه الشيخ أبو المعين في شرح الجامع الكبير
وهو أو جبه لانه لتوجه الخصومة للرد وفي القصة اذا كان العيب باطنا لا يعرفه الاخصواص كالا طباء
والخاسين فان اجتمع عليه مسلمان أو قاله مسلم عدل قبل ويثبت العيب في أثبات حق الخصومة وفي
قناوى فاضحان ان أحد برب ذلك واحد ثبت العيب في حق الخصومة والدعوى ثم يقول القاضى هل حدث
عندك هذا العيب فان قال نعم قضى عليه بالرد وان أنكر ولا يثبت استخلف كما سنبذكر (و يعتبر في
الارتفاع) الموجب للعيب (أقصى غاية البلوغ وهو) أن يكون سنه (سبع عشرة سنة عند أبي حنيفة
ويعرف ذلك) أى الارتفاع والاستمرار (بقول الامة) لانه لا طريق له الا ذلك (فاذا انضم الى قولها نكول
البائع) اذا استخلف (قبل القبض أو بعده في الصحيح ردت) واحتز بقوله في الصحيح عماروى عن
أبي يوسف انهم اترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة وعما عن محمد اذا كانت الخصومة قبل
القبض يفسخ بقول النساء وجه الصحيح ان شهادتهن حجة ضعيفة فلا يحكم بهن الا بوثبوه ونكول البائع ثم
ذكر في النهاية في صفة الخصومة في ذلك أن المشتري اذا ادعى انقطاع الخيض فالتقاضى يسأله عن مدة
الانقطاع فان ذكر مدة قصيرة لا تسمع دعواه وان ذكر مدة مديدة سمعت والمديدة روى عن أبي يوسف مقدرة
بثلاثة أشهر وعن محمد باربعة أشهر وعشر وعن أبي حنيفة وزفر بستين ومادون المديدة قصيرة فان كان
القاضى مجتهد أخذ بما أدى اليه اجتهد والا أخذ بما اتفق عليه أصحابنا وهو ستين واذا سمع الدعوى
يسأل البائع أى كذا كرم المشتري فان قال نعم ردها على البائع بالناس المشتري وان قال هى كذلك للعمال وما
كانت كذلك عندى توجهت الخصومة على البائع لتصادقهما على قيامه للعمال وان طلب المشتري عين البائع
يحلف البائع فان حلف برى وان نكل ردت عليه وان شهد للمشتري شهودا لا تقبل شهادتهم على الانقطاع
وتقبل على الاستعاضة لانها يمكن الاطلاع عليه ولا يمكن على الانقطاع الذى يعد عيبا وان أنكر البائع
الانقطاع في الحال هل يستخلف عند أبي حنيفة لا وعند محمد ما يستخلف وهذا ينبوع تقريرا الكتاب وانما
يوافق تقريرا بالهداية ما نقله صاحب النهاية بعدما ذكره هذا ما ذكره عن قناوى فاضحان اشترى جارية فقبضها
فلم تحض عند المشتري شهرا أو أربعين يوما قال القاضى الامام ارتفع الخيض عيب وادناه شهر واحد اذا
ارتفع هذا القدر عند المشتري كان له أن يردّه اذا ثبت انه كان عند البائع انتهى وهذا كاترى لا يشترط ثلاثة
أشهر ولا أكثر وينبغي أن يعول عليه وما تقدم خلاف بينهم في استبراء تمتدة الطهر فعند أبي حنيفة وهو قول
زفر ستين وعند أبي يوسف ثلاثة أشهر وهو قول لابي حنيفة وعنه وهو قول محمد باربعة أشهر وعشر وفي رواية
عن محمد شهران وخمسة أيام وعليه الغنوي والرواية هناك ليست وارودة هنالان الحكم هناك يستدعي ذلك
الاعتبار فان الوطء ممنوع شرعا الى الحيضة لاحتمال الحمل فيكون ساقياما ومزور غير مقدرة أو حنيفة وزفر
هناك بستين لانه أكثر مدة الحمل فاذا مضى طهر انقضى فجاز وطؤها وهو أقبس وقدره محمد أو حنيفة في
رواية باربعة أشهر وعشر لانهم اعتبرت عدة المتوفى عنها زوجها وان فيها يظهر الحمل غالبو كانت حاملا
وقدره أبو يوسف ثلاثة أشهر لانها جعالت عدة التي لا تحيض والحكمة هنا ليس الا كون الامتداد عيبا لا يوجب
اناطته بستين أو غيرهما من المدد لان كونه عيبا باعتبار كونه يؤدي الى الداء وطريقا له وذلك لا يتوقف على

مسامحة لا يردّه وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله أن يردّه لانه وجده بخلاف شرطه وله في هذا الشرط
غرض فربما قصد أن يستخدمة في المقرات من الامور ولا يستخير من نفسه أن يستخدم المسلم في مثله فاذا فات
عليه مقصوده تمكن من رده وأصحابنا قالوا الكفر عيب فذكر في العقد لا يكون على وجه الشرط بل على
وجه التبرى من عيب فساكنه اشتراه على أنه معيب فاذا هو ساي (قوله فترداد اذا انضم اليه نكول البائع قبل
القبض وبعده هو الصحيح) وعن محمد وجه الله ترد قبل القبض بلا عين البائع لان البيع قبل القبض ضميم

أو انه والمعاودة على وجهه
لايدوم فاذا جاوزت أقصى
العدد وهو سبع عشرة
سنة ولم تحض أو حاضت
ولم ينقطع كان ذلك الداء في
بطنها والداء عيب ويعرف
ذلك أى الارتفاع والاستمرار
بقول الامة فان أنكر البائع
ذلك لا ترد عليه الا بحجة ولا
يقبل فيه قول الامة وحدها
فيستخلف البائع فان نكل
ترد عليه بنكوله سواء كان
قبل القبض أو بعده في
ظاهر الرواية وهو الصحيح
لان شهادة النساء فيما
لا يطلع عليه الرجال مقبولة
في توجه الخصومة فقط
وعن أبي يوسف انهم اترد
قبل القبض بقول الامة
وبشهادة النساء لان العقد
قبل القبض لم يتأ كد فجاز
أن يفسخ بشهادتهن
قال المصنف (وهو الصحيح)
أقول قال ابن الهمام احتز
بقوله هو الصحيح عماروى
عن أبي يوسف انهم اترد قبل
القبض بقولها مع شهادة
القابلة وعن محمد اذا كانت
الخصومة قبل القبض
يفسخ بقول النساء انتهى
وله كلام متعلق به بعد حنيفة

مضى مدة معينة مما ذكر وبما ذكرنا ظهر أنه لا يحتاج في دعوى الانقطاع للرد به الى تعيين أنه عن حبل أو داء
في الدعوى فإن كونه عيبا باعتبار كونه مفضيا الى الداء لانه لا يكون الا عن داء يتقدم عليه فلذا لم يتعرض
فقيه النفس قاضيان لما ذكر من تعيين كون الانقطاع عن أحد هما بل اذا ادعى الانقطاع في أو أنه قد ادعى
العيب ويكفي شهر واحد فإن به يتحقق الانقطاع في أو أنه وهو العيب لانه ان كان في الواقع مسيبا عن داء فهو
عيب وطريقا اليه فكذلك فيكفي في الخصومة ادعاء ارتفاعه فقط وهو الذي يجب أن يقول عليه والافعلما
يظهر للعيب داء بمعدة الطهر وكثيرا ما يكون الممتد طوره اشهرين وثلاثة صحبة لا يظهر به داء وهذا هو
ظاهر الهداية التي الى قوله ويعرف ذلك بقول الامه وكذا قال الامام العنابي وغيره انما يعرف ذلك عند
المنازعة بقول الامه لانه لا يقف على ذلك غيرهما فلو كان اعتقاده لزوم دعوى الداء والحبل في دعوى عيب
الانقطاع لم يتصور أن يثبت بقولها حينئذ توجه اليه على البائع بل يرجع الى قول الاطباء أو النساء فظهر
ان ما ذكر في النهاية من لزوم دعوى الداء أو الحبل في دعوى انقطاع الخبز ثم انه يحتاج في توجه الخصومة الى
قول الاطباء أو النساء ليس تقرر بما في الكتاب بل ما ذكره مشايخ آخرون يغلب على الظن خطوهم وكذا
ما ذكره من جعل هذه وزان المشتراة بكرة على قول أبي حنيفة وأبي يوسف انه اذا قال المشتري ليست بكرة
وقال البائع بكرة في الحال فإن القاضي يرميها للنساء فإن قال هي بكرة لم يشتري من غير عيب البائع لان
شهادته نافية عما بدو أن الأصل البكارة وان قلن هي ثيب لا يثبت حق الفسخ بشهادتهن فيجانب البائع
اعتدلتها بحكم البيع وهي بكرة ان كان بعد القبض وان كان قبله حلف أنها بكرة غير موافق لان العيب هنا
يوجب حق الخصومة بمجرد قولها حتى يتوجه عليه اليمين ويقضى بالفسخ كقول علي ما في الكتاب والعنابي
وغيرهما في البكارة لا بد من رؤية النساء وكيف ولا طريق الى استعمال الانقطاع الا قولها بخلاف البكارة لها
ما ريق تستعلم به فلا يرجع فيها الى قولها واذا عرف هذا فقول المصنف هو الصحيح ان كان احتراز عن قول
أبي يوسف انها ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة وما ذكرنا عن محمد فغير مناسب فان ما عن أبي يوسف
ومحمد في ذلك انما هو في دعوى البكارة والرتق والقرن وقياس هذه عليها غير صحيح اذ لا يعرف ذلك الا من
النساء وقول النساء هنا انما منقطع الخبز غير معتبر وقد ذكرنا ان الشهادة على الانقطاع الكائن عيبا
لا تقبل اذ لا يطالع عليه وترتيب الخصومة على ما في الهداية وقاضيان والعنابي وهو ما صححناه ان يدعى الانقطاع
في الحال ووجوده عند البائع فان اعترف البائع به ما ردت عليه وان أنكر وجوده عند اعترافه بالانقطاع في
الحال استخبرت الجارية فان ذكرت انها منقطعة اتجهت الخصومة فيحلفه بالله ما وجد عنده فان نكل ردت
عليه وهذا قول المصنف ترد اذا انضم اليه نكل البائع ولو اعترف بوجوده عنده وأنكر الانقطاع في الحال
فاستخبرت فانكرت الانقطاع والغرض أن لا تقبل عليه بيعة المشتري يدعيه فقد صرح في النهاية بما قدمناه
من أنه اذا أنكر الانقطاع في الحال لا يتحلف عند أبي حنيفة ويتحلف عندهما ويجب كون الاستخلاف
على العلم بأنه ما يعلم انها منقطعة عند المشتري فان نكل اتجهت الخصومة وان حلف تعذرت ولعمري قلما
يحلف كذلك الا وهو بار ومن أن له العلم بانها عند المشتري لم تحض وكان المذكور في النهاية مبني على
ما ذكره في صورة الخصومة وأما على ما في الهداية فان القول قولها في الانقطاع ويمكن أن يجري فيه أيضا
وهذا تعدد العيوب عدة الجارية عن طلاق جعي عيب لاص بائن والنكاح عيب فبها وكثرة الخيلان وجرة
الشعر اذا غشت بحيث يضرب الى البياض وكذا الشمط في غير أو أنه دليل الداء في أو أنه دليل السكر والعشا
أن لا يبصر ليل أو السن الساقطة ضرر أو غيره وسواده وسواد الظفر والعسر وهو أن يعمل يساره ولا
يستطيع العمل بيمينه بخلاف أعسر يسره وهو أن يعمل بهما معاً فانه زيادة حسن والقسم وهو ببوسة
الجلد وتشنج في الاعضاء والغرب وهو ورم في الاماقي ورم بما يسيل منه شيء فيصير صاحبه كصاحب الجرح
السائل والحول والحوص نوع منه والشتر وهو انقلاب الجفن وبه سمي الاشتر والظفر هو بياض يبدو في
حتى يملك المشتري الرد بالعيب قبل القبض بالاقضاء ولا رضا وصح فسخ العدة الضعيف بحجة ضعيفة قالوا في

(قال واذا حدث عند المشتري

عيب) اذا حدث عند المشتري

عيب باقية سواءية أو غيرها

ثم اطلع على عيب كان عند

البائع فله أن يرجع بنقصان

العيب بان يقوم المبيع

سائما عن العيب القديم

ومعيباته فما كان بينهما من

عشر أو ثمن أو سدس أو غير

ذلك يرجع به عليه (ولا يرد

المبيع لان الرضا ضرارا

بالبائع) يخرج المبيع

من ملكه سلبا من العيب

الحادث وعوده اليه معيبا به

والاضرار ممتنع (ولا بد من

دفع الضرر عنه) أي عن

البائع ويجوز أن يعود الى

المشتري لانه أيضا يتضرر

بالمعيب لان مطلق العقد

يقضي السلامة والرجوع

طريق صالح لدفع فتعين

مدفعا الآن برضى البائع

أن يأخذه بعيبه الحادث

لانه رضى بالضرر والرضا

اسقاط لحقه كإن للمشتري

أن يرضى أن يأخذه بعيبه

القديم فان قيل أين قولكم

الوصاف لا يقبلها شيء

من الثمن أجيب بانها اذا

صارت مقصودة بالتناول

حقيقة أو حكما كان لها

حصة من الثمن وههنا

قال المصنف (ولا بد من دفع

الضرر عنه) أقول أي عن

البائع ويجوز أن يعود الى

المشتري والثاني أول عندى

فان ما يتعلق بحال البائع

ثم عند قوله فامتنع كمالا يخفى

قال (واذا حدث عند المشتري عيب فاطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع) لان في الرضا ضرارا بالبائع لانه يخرج عن ملكه سائما لو يعود معيبا فامتنع ولا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان الآن برضى البائع أن يأخذه بعيبه لانه رضى بالضرر

انسان العين وحرب العين وغيرها والشعر والقبل في العين ومنه قول الشاعر يصف جحلا
* تراهن يوم الروع كالحدا القبل * والماء في العين والسبل والسعال القديم اذا كان عن داء فالما
القدر المعتاد منه فلا والعزل وهو أن يعزل ذنبه الى أحد الجانبين والمش وهو ورم في الدابة له صلبة
والفصدع وهو عوج جاج في مفصل الرجل والفم الحج وهو تباعد ما بين القدمين والصكك وهو صك احدى
ركبتيه بالآخرى والرتق والقرن والعغل وهو امتلاء لحم الفرج والساعة والقر وج وآثارها والخنس
وهو ورم يكون باطراف حافر الفرس والجمار والخنف وهو ميل كل من ارجل الرجل الى أخرى وقال محمد
ابن الاعرابي الاحنف الذي يمشى على ظهور قدميه وتناصل شعر الرأس والصدف وهو التواء في أصل العنق
وقيل ميل في البسطن والشدق سمعة مفرطة في الفم والتخث قيل اذا فُش أو كان يأتي بافعال رديئة
والحق وكونه مغنية وشرب الغلام وترك الصلاة وغيره من الذنوب وقلة الاكل في البقرة ونحوها وكثرته
في الانسان وقيل في الجارية يتعيب لا الغلام ولا شك أنه لا فرق اذا أفرط وعدم المسيل في الدار والشرب
للارض وكذا ارتغاعها بحيث لا تنسقى الا بالسكر وكون الجارية يمتزقة الوجسه لا يدري حسنهما من
قبحها بخلاف ما اذا كانت دميمة أو سوداء والعنار في الدواب كان كثيرا فاحشا وكذا أكل العذار
والجوح والامتناع من اللجام وكذا الحزن عند العطف والسير وسيلان اللعاب على وجهه يبل الخلا اذا علق
عليه فيها وكثرة التراب في الخنطة ترديه بخلاف ما اذا كان معتادا ليس له أن يغير التراب ويرجع بحصته وكذا
لو اشترى خفا أو مكعبا ليس فلم يدخل رجله فيه فهو عيب ولو باع سويقا ملتوا على أن فيه كذا من السمن
أو قيصا على أن فيه عشرة أذرع والمشتري ينظر اليه ويظهر خلافه فلا خياره (قوله واذا حدث عند المشتري
عيب باقية سواءية أو غيرها ثم اطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بنقصان العيب وليس له أن يرد
المبيع لان الرضا ضرارا بالبائع لانه يخرج عن ملكه سائما فلو أنما به معيبا تضرر (ولا بد من دفع الضرر
عن المشتري فتعين الرجوع بالنقصان الآن برضى البائع أن يأخذه بعيبه) الحادث عند المشتري فله ذلك
(لانه رضى بالضرر) وما كان عدم الزامه المبيع الا لدفع الضرر عنه فاذا رضى فقد اسقط حقه اللهم الآن

ظاهر الى راية لا قول لا الامتناع في ذلك واعلم أن المشتري اذا ادعى انقطاع الحيز فالقاضي يسأله عن مدة
الانقطاع فان ادعى الانقطاع في مدة قصيرة لا تسمع دعواه وان ادعى الانقطاع في مدة مديدة تسمع دعواه
والمديدة مقدرة بثلاثة أشهر عند أبي يوسف ورحمته الله واربعة أشهر وعشر عند محمد رحمته الله وعند أبي حنيفة
وزفر رحمته الله بستين فاذا عرفت المديدة فسادونها قصيرة ثم بعد ذلك ان كان القاضي يجتهد يقضي بما أدى
اليه اجتهاده والا يخذل بالمتيقن وهو متان فاذا ادعى الانقطاع في مدة كثيرة لا تسمع دعواه ما لم يدع
ارتجاع الحيز بسبب الداء أو الحبل فاذا ادعى ذلك فينبذ يسأل البائع اهي كما يدعى المشتري فان قال نعم ردها
على البائع باقراره وان قال هي كذلك لا مال وليسكن ما كانت منقطعة الحيز عندى وانما حدث هذا العيب
عند المشتري توجهت الخصومة على البائع لتصادقهما على قيام العيب للمعال فان طلب المشتري عين البائع
يخلف البائع على ذلك كجحاف في سائر العيوب فان حلف برى وان نكل زد عليه لان نكوله كإقراره فان
شهد للمشتري شهود على انقطاع الحيز عند البائع لم تقبل شهادتهم بخلاف ما لو شهدوا على كونها
مستحاضة لان الاستحاضة دور الدم فيطلع عليه أما انقطاع الحيز على وجهه يعد عيبا فلا يقف عليه الشهود
فقد تيقن القاضي بكذبهم فلا تقبل شهادتهم وان أنكر البائع انقطاع حيزه في الحال لا يستخلف على ذلك
عند أبي حنيفة ورحمته الله وعندهما يستخلف لما يحجى وان شاء الله تعالى (قوله فتعين الرجوع بالنقصان) لان

كذلك كالمرا قال (ومن اشترى ثوبا بقطعه) ومن اشترى ثوبا بقطعه (فوجدته معيبا رجع بالعيب لا تمتنع الرد بالقطع) الذي هو عيب حادث لا يقال للبائع يتضرر برده معيبا والمشتري بعدم رده فكان الواجب ترجيح جانب المشتري في دفع الضرر لان البائع غرة بتدليس العيب لانه انقول المعصية لا تمتنع عصمة المال كالعاصب اذا صبغ المغصوب فكان في شرع الرجوع بالعيب نظر لما هو في الزام الرد بالعيب الحادث اضرا للبائع لان له في بصره وفي عدم الردوان كان اضرا بالمشتري لكن العجز عما يشره فكان اسوأ فاعتبر ما هو وانظر لهما الا اذا قال البائع أنا أقبله كذلك فان له ذلك لان الامتناع (١٢) عن الرد كان لحقه وقد رضى به فكان اسقاطا لحقه فان قيل ما الفرق بين هذه

المسئلة وبين ما اذا اشترى بعيرا فخره فلما شق بطنه وجد أمعاءه فاسدة فانه لا يرجع فيه بنقصان العيب عند أبي حنيفة رحمه الله أجيب بان النحر افساد لاجل العاصب وروا البعير به عرضة للنزول والفساد وهذا لا تقطع يد السارق بسرقة فختل معنى قيام المبيع فان باعه المشتري يعنى بعد القطع ثم علم بالعيب لم يرجع بشئ لانه جاز ان يقول البائع كنت أقبله كذلك فلم يكن الرد تمتنعا بوضا البائع فان المشتري يصير بالمبيع حابسا المبيع ولا رجوع بالنقصان اذ ذلك لا يمكن رد المبيع وأخذ الثمن لولا البيع ولو قطع الثوب وخطاه أو صبغه أجزأوات السويق بسمين ثم اطلع على عيب رجع بنقصان العيب لان الرد قد امتنع بسبب الزيادة لان الفسخ اما ان يرد على الاصل بدون الزيادة أو عليه معها ولا سبيل الى شئ من ذلك أما الاول فلا تنفك عنه وأما الثاني فلان الزيادة ليست بجميعه والفسخ لا يرد الا على محل العقد والامتناع بسبب الزيادة في حق الشرع لكونه ربا فليس للبائع أن يقول أنا أخذه فتعين الرجوع بالعيب مدفعا للضرر ولا يشكل بالزيادة المتصلة المتولدة من البيع كالسمن والجمال فانها لا تمتنع الرد بالعيب لان فسخ العقد في الزيادة يمكن تبعا للاصل لان الزيادة هنا محض تبعا للاصل باعتبار التولد بخلاف الصبغ والخطا طوعا وعلم أن الزيادة اما متصلة أو منفصلة وكل منهما اما متولدة من المبيع أو غير متولدة فالمتصلة المتولدة من المبيع كالجمال والحسن لا تمتنع الرد في طاهره والوايه وغير المتولدة كالصبغ والخطا تمتنع عنه بالاتفاق والمنفصلة المتولدة كالولد والتمر تمتنع منه لما من التعليل وغير المتولدة كالنكسب

قال (ومن اشترى ثوبا بقطعه فوجدته معيبا رجع بالعيب لانه امتنع الرد بالقطع فانه عيب حادث) فان قال البائع أنا أقبله كذلك كان له ذلك لان الامتناع لحقه وقد رضى به (فان باعه المشتري لم يرجع بشئ) لان الرد غيب تمتنعا بوضا البائع فيصير هو بالمبيع حابسا المبيع فلا يرجع بالنقصان (فان قطع الثوب وخطاه أو صبغه أجزأوات السويق بسمين ثم اطلع على عيب رجع بنقصان العيب) لانه لا رجوع بالنقصان (فان قطع الثوب وخطاه أو صبغه أجزأوات السويق بسمين ثم اطلع على عيب رجع بنقصان العيب) لان الرد قد امتنع بسبب الزيادة لان الفسخ اما ان يرد على الاصل بدون الزيادة أو عليه معها ولا سبيل الى شئ من ذلك أما الاول فلا تنفك عنه وأما الثاني فلان الزيادة ليست بجميعه والفسخ لا يرد الا على محل العقد والامتناع بسبب الزيادة في حق الشرع لكونه ربا فليس للبائع أن يقول أنا أخذه فتعين الرجوع بالعيب مدفعا للضرر ولا يشكل بالزيادة المتصلة المتولدة من البيع كالسمن والجمال فانها لا تمتنع الرد بالعيب لان فسخ العقد في الزيادة يمكن تبعا للاصل لان الزيادة هنا محض تبعا للاصل باعتبار التولد بخلاف الصبغ والخطا طوعا وعلم أن الزيادة اما متصلة أو منفصلة وكل منهما اما متولدة من المبيع أو غير متولدة فالمتصلة المتولدة من المبيع كالجمال والحسن لا تمتنع الرد في طاهره والوايه وغير المتولدة كالصبغ والخطا تمتنع عنه بالاتفاق والمنفصلة المتولدة كالولد والتمر تمتنع منه لما من التعليل وغير المتولدة كالنكسب

لان

ليست بجميعه والفسخ لا يرد الا على محل العقد والامتناع بسبب الزيادة في حق الشرع لكونه ربا

فليس للبائع أن يقول أنا أخذه فتعين الرجوع بالعيب مدفعا للضرر ولا يشكل بالزيادة المتصلة المتولدة من البيع كالسمن والجمال فانها لا تمتنع الرد بالعيب لان فسخ العقد في الزيادة يمكن تبعا للاصل لان الزيادة هنا محض تبعا للاصل باعتبار التولد بخلاف الصبغ والخطا طوعا وعلم أن الزيادة اما متصلة أو منفصلة وكل منهما اما متولدة من المبيع أو غير متولدة فالمتصلة المتولدة من المبيع كالجمال والحسن لا تمتنع الرد في طاهره والوايه وغير المتولدة كالصبغ والخطا تمتنع عنه بالاتفاق والمنفصلة المتولدة كالولد والتمر تمتنع منه لما من التعليل وغير المتولدة كالنكسب

لا تمنع لكن طريق ذلك
أن يفسخ العقد في الأصل
دون الزيادة وتسلم الزيادة
للمشتري بجائنا بخلاف الولد
والفرق بينهما أن المكسب
ليس بجميع بحال لانه تولد
من المنافع والمنافع غير
الاعيان ولهذا كانت منافع
الحرم لا وان لم يكن الحر مالاً
والولد متولد من المبيع
فيكون له حكم المبيع فلا
يجوز أن تسلم له بجائنا مافيه
من الربا فان باع المشتري
الثوب المخيط أو الثوب
المصبوغ بالجره أو السويق
المتوث باليمن بعد ما رأى
العيب رجوع بالنقصان
لان الرد كان ممنوعاً قبل
المبيع فلا يكون المشتري
بالمبيع حاسباً للمبيع ولو
كان المبيع قبل الخياطة
كان حاسباً والأصل في ذلك
ان كل موضع يكون المبيع
قائماً فيه على ملك المشتري
ويمكنه الرد برضا البائع فان
أخرجه عن ملكه لا يرجع
بنقصان العيب وكل موضع
يكون المبيع قائماً فيه على
ملك المشتري وهكته الرد
وان رضى به البائع فان
أخرجه عن ملكه رجوع
بنقصان العيب (وعن هذا)
أي عما قلنا ان المشتري متى
كان حاسباً للمبيع لا يرجع
بنقصان العيب ومتى لم يكن
حاسباً يرجع (قلنا ان من
اشترى ثوباً بقطعة لباس الولد
الصغير ونحاطه ثم اطاع على
عيب لم يرجع بالنقصان)

لان الزيادة ليست بمبيعة فامتنع أصلاً (وليس للبائع أن يأخذها) لان الامتناع لحق الشرع لا لحقه (فان
باعه المشتري بعد ما رأى العيب رجوع بالنقصان) لان الرد ممنوع أصلاً قبله فلا يكون بالمبيع حاسباً للمبيع
وعن هذا قلنا ان من اشترى ثوباً بقطعة لباس الولد الصغير ونحاطه ثم اطاع على عيب لا يرجع بالنقصان
الى الفسخ معها (لان الزيادة ليست بمبيعة) والفسخ لا يرد على غير المبيع لانه رفع ما كان من المبيع فيبقى ما كان
من المبيع والثمن على ما كان فلورده على الزيادة لم يرد الباقان الزيادة حيثئذ تكون فضلاً مستحقاً في عقد المعاوضة
بالمقابل وهو معنى الربا وشبهته ولشبهة الربا بحكم الربا فلا يجوز (فامتنع أصلاً وليس للبائع أن يأخذها) وان
رضى المشتري بترك الزيادة (لان الامتناع) لم يتجسس لحقه بل لحقه وحق الشرع بسبب ما ذكرنا من لزوم
الربا ورضاه باسقاط حقه لا يتعدى الى حق الشرع بالاسقاط واذا امتنع الرد بالفسخ (فلو باعه المشتري رجوع
بالنقصان) لان الرد لما امتنع لم يكن المشتري يبيعه حاسباً له عن البائع (وعن هذا) الاصل وهو ان الرد اذا كان
ممكناً فخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان لانه حاسب وان كان مع عدم امكانه يرجع لانه غير حاسب (قلنا ان
من اشترى ثوباً بقطعة لباس الولد الصغير ونحاطه ثم اطاع على عيب لا يرجع بالنقصان) لان التخليك من الابن
فلا يقابله شيء من الثمن لانه صار مقصوداً بالمنع فيكون له حصته من الثمن وطريق معرفته أن يقوم به عيب
ويقوم ولا عيب به فان كان تفاوت ما بين القيمتين العشر رجوع بعشر الثمن وان كان نصف العشر رجوع
بنصف عشر الثمن وقال مالك رحمه الله يردده ودمعه بنقصان العيب الحادث في يده لان رد البديل عند تعذر رد
العين كرد البديل فصار راداً كل المبيع فرجع بكل الثمن فان قيل ان اشترى بغيره فلما شق بطنه
وجد أمعاء فاسدة لا يرجع بنقصان العيب عند أبي حنيفة رحمه الله وهذا قال يرجع بالنقصان قلنا الفرق
بينهما أن النحر افساداً للمالية لانه صار بالنحر هرة للثمن والغساقول هذا لا يقطع يد السارق بسرقة فيختل
معنى قيام المبيع في فصل النحر دون القطع (قوله لان الزيادة ليست بمبيعة) فامتنع أصلاً لان العقد لم يرد على
الزيادة فلا يرد عليها الفسخ ضروراً واذ فسخ العقد دفعه فلا يرد على ما لم يرد عليه العقد فان قيل يشك كل بالزيادة
المتصلة المتولدة من المبيع كالسمن والجمال وهي لا تمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية قلنا لان فسخ العقد ثمة في
الزيادة ممكن لان الزيادة تباع بمحض باعتبار التولد والتفرع والاتصال والحاصل أن الزيادة نوعان متصلة
ومنقطعة والمتصلة نوعان متولدة كالسمن والجمال وهي لا تمنع الرد بالعيب لاسمها ومنقطعة نوعان متولدة كالصبيغ
والخياطة واللت وهي تمنع الرد بالعيب اتفاقاً والمنقطعة نوعان متولدة كالأول والثمر وهي تمنع الرد بالعيب لانه
لا سبيل الى فسخه مقصوداً لان العقد لم يرد على الزيادة ولا سبيل الى فسخه تبعاً لانقطاع التبعية بالانفصال وغير
متولدة من المبيع كالمكسب وهي لا تمنع الرد بالعيب بل يفسخ العقد في الأصل دون الزيادة ويسلم الزيادة
للمشتري بجائنا بخلاف الولد والفرق أن المكسب ليس بجميع بحال لانه تولد من المنافع وهي غير الاعيان والولد
تولد من المبيع فيكون له حكم المبيع فلا يجوز أن يسلم له بجائنا مافيه من الربا لانه يبقى في يده بلا عوض في عقد
المعاوضة والربا باسم لما يستحق بالمعاوضة بلا عوض يقابله (قوله وليس للبائع أن يأخذها) لان امتناع الرد
لحق الشرع لازماً بالحادث وهي في معنى الربا وحرمة الربا بحق الشرع (قوله فان باعه المشتري) أي باع
المشتري الثوب المخيط أو المصبوغ أو السويق المتوث باليمن بعد ما رأى العيب رجوع بالنقصان أيضاً لان
الرد كان ممنوعاً قبل المبيع لان الزيادة الحادث في الثوب من ملك المشتري فلم يكن المشتري حاسباً للمبيع والأصل
أن في كل موضع لو كان المبيع قائماً على ملكه يمكنه رده برضا البائع فاذا باعه لا يرجع بنقصان العيب
لامتناع الرد بفعله لانه بالمبيع صار ممسكاً للمبيع معنى لقيام المشتري مقامه في أهله المبيع فصار حاسباً
المشتري المبيع كحسبه فكان المبيع في يده وهو يرد أن يرجع بنقصان العيب وثمة ليس له ذلك كذا ههنا
وفي كل موضع لو كان المبيع في يده على ملكه لا يمكنه رده وان رضى البائع به فاذا أخرجه عن ملكه يرجع
بنقصان العيب لان الرد كان ممنوعاً قبل بيعه فلم يصر المشتري ممسكاً للمبيع يبيعه فبقى ارش العيب بحاله (قوله
وعن هذا قلنا) أي عن هذا الأصل المذكور قلنا ان من اشترى ثوباً بقطعة لباس الولد الصغير ونحاطه ثم

لان التملك حصل قبل
الخطا لانه لما قطعه لبا
له كان واهبها وقابض الاجله
فتم الهبة بنفس الايجاب
وقامت يده مقام يد الصغير
فالقطع عيب حادث
وللمشتري الرجوع
بالنقصان والبايع ان يقول
أنا أقبله كذلك لكن
باعتبار ان القطع للولد
الصغير وهو تملكه
صار حاسبا للمبيع فميتع
الرجوع بالعيب وهذه نظير
ما اذا باع بعد القطع قبل
الخطا وعلى هذا ذكر
الخطا في هذه المسئلة
ليس يحتاج اليه الا انه
ذكرها بمقالة الصورة
لثانية ولو كان الولد كبيرا
ارجع بنقصان العيب
لان القطع عيب حادث
فالمشتري الرجوع بالعيب
و بالخطا امتنع الرجوع
حقا للشرع بسبب الزيادة
في التملك والتسليم بعد ذلك
لا يكون حاسبا للمبيع
لامتناع الرد قبله وهذه
نظير ما اذا باع بعد الخطا
والصبيغ والالت (قال ومن
اشترى عبدا فاعقه)
اشترى عبدا فاعقه (أو
مات عنده ثم اطلع على عيب
يرجع بالنقصان أما الموت
فلان الملك ينتهي به) أي يتم
وكل ما انتهى فقد لم لا امتناع
الرد حيث وفيه اضرار
للمشتري بحال يسبق به
وهو الموت فيرجع بالنقصان
دفع الضرر فان قيل قوله
(والامتناع حكمي لا بفعله)

ولو كان الولد كبيرا يرجع لان التملك حصل في الاول قبل الخطا وفي الثاني بعدها بالتسليم اليه (قال ومن
اشترى عبدا فاعقه أو مات عنده ثم اطلع على عيب يرجع بنقصانه) أما الموت فلان الملك ينتهي به والامتناع
حكمي لا بفعله وأما الاعتناق فالقياس فيه أن لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان
يرجع لان العتق انهاء الملك لان الاذى ما خلق في الاصل محلا للملك وانما ثبت الملك فيه ومقتضى الاعتنان
الصغير حصل بمجرد القطع لغرض المذكور قبل الخطا طمعه لما اليه وهو نائبه في التسليم فصار به حاسبا
للمبيع مع امكان الرد والخطا بعد ذلك وجودها وعدمها سواء فلا يرجع بالنقصان (ولو كان الولد كبيرا)
والباقي بحاله (رجع) بالنقصان لانه لم يصير مسلما اليه الا بعد الخطا فكانت الخطا على ملكه وكان
امتناع الرد بسبب الزيادة التي هي الخطا قبل اخراجه عن ملكه فبعد ذلك لا يتفاوت الحال بين أن يخرج
عن ملكه بالمبيع أو الهبة ولا في جواز الرجوع بالنقصان وهو معنى ما في الفوائد الظاهرية من أن الاصل في
جنس هذه المسائل أن كل موضع يكون للمبيع قائما على ملك المشتري ويملكه الرد برضا البائع فأخرجه عن
ملكه لا يرجع بالنقصان وكل موضع يكون للمبيع قائما على ملكه ولا يمكنه الرد وان رضى البائع فأخرجه عن
ملكه يرجع بالنقصان انتهى وهذا أصل آخر في الزيادة اللاحقة بالمبيع الزيادة متصلة ومنفصلة وكل منهما
ضريان فالمتصلة غير متولدة من المبيع كالمصنع والخطا طمعه والتمت باليمن والغرس والبناء وهي تمنع الرد بالعيب
بالاتفاق خلافا للشافعي وأحمد ولو قال البائع أنا أقبله كذلك ورضي المشتري لا يجوز لانه من حق الشرع
للربا ومن المتصلة غير المتولدة ما لو كان حنطة فطحنها أو لحافا شواء أو دقة فطبخها فلو باعها بعد ذلك يرجع
بالنقصان لانه ليس بحاسب للمبيع بل امتنع قبل البيع لحق الشرع وفي كون الطحن والشئ من الزيادة
المتصلة نامل والمتولدة من الاصل كالسمن والجمال والنجلاء بياض العين لا تمتنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية
لان الزيادة تمحضت تبعاً للاصل بتولدها منه مع عدم انفصالها فكان الفسخ لم يرد على زيادة أصلا والمنفصلة
المتولدة منه كالولد واللبن والتمر في بيع الشجر والارث والعقر وهي تمتنع الرد تضرر الفسخ عليها لان العقد لم
يرد عليها ولا يمكن التبعية لان انفصال فيكون المشتري بالخيار قبل القبض ان شاء ردها جميعا وان شاء رضى
بما بجميع الثمن وأما بعد القبض فمرد المبيع خاصة لكن بحصته من الثمن بان يقسم الثمن على قيمته وقت
العقد وعلى قيمة الزيادة وقت القبض فاذا كانت قيمته ألفا وقيمة الزيادة مائتا وثمانين ألف سقط عشر الثمن ان رده
وأخذ تسعمائة وغير متولدة منه كالسكب وهي لا تمتنع بحال بل يفسخ العقد في الاصل دون الزيادة ويسلم له
السكب الذي هو الزيادة وهو قول أحمد والشافعي رحمه الله وفيه الحديث الذي ذكرناه أول الباب الذي
فيه قول البائع انه استغل غلاي فقال صلى الله عليه وسلم الخراج باليمن وجعل الشافعي وأحمد حكم المنفصلة
المتولدة في حكم السكب لا مكان الفسخ على الاصل بدون الزيادة للمشتري ونحن نفرق بين السكب الذي
تولد من المنافع وهي غير الاعيان ولذا كانت منافع الحرم لا مع الحرايس بحال والعبد المكسوب بالامكان
ليس مكاتباً والولد تولد من نفس المبيع فيكون له حكمه فلا يجوز أن يسلمه له بمجاناً لما فيه من شبهة ان يؤولها كمت
الزيادة باقية سمها يثبت له الرد كما فهمت لكن وبه قال الشافعي قبل الحكم بالارث وانما قيد المصنف بقوله
أحرر لتكون زيادة الاتفاق فان السواد عنده نقص كما ستعلم فهو كالقطع واتقاع المبيع في يد المشتري يمنع
الرد بأي سبب كان بالاتفاق (قوله ومن اشترى عبدا فاعقه) المشتري (أو مات عنده ثم اطلع على عيب يرجع
بالنقصان) أما الموت فلان الملك ينتهي به) والشئ بانتمائه يتقرر فكذا الملك قائم والرد ممتنع وقوله اطلع على
وجده عيبا لا يرجع بنقصان العيب لانه صار واهباً للصغير لما اليه قبل الخطا فلم يمتنع الرد قبل العبة
فكان حاسبا للمبيع فلا يرجع ولو كان الولد كبيرا يرجع بنقصانه ان العيب لانه لم يصير مسلما الا بعد الخطا
فكان لم يمتنع فلم يصح ما سافر رجوع (قوله أما الموت فلان الملك ينتهي به) لان الملك في محل الحياة باعتبارها
فينتهي بانتمائها اذا المألية بعد الموت لا تحقق الملك في الاذى باعتبار المألية وانتهت المألية بانتهاء الحياة
فانتهى الملك (قوله لان العتق) أي الاعتناق انهاء الملك أي اتمامه لان الملك في الاذى ثبت على خلاف

(قوله فان قيل قوله والامتناع حكمي الى قوله لا يرجع بالنقصان) أقول ان أراد دلالة هذه العبارة على كون الامتناع بفعله فكانت

بدل على ان الامتناع اذا كان بفعله لا يرجع بالنقصان وهو منقوض بما اذا صبغ الثوب أجرفانه امتنع الرد بفعله و يوجب الرجوع بالعيب
 أوجب بان امتناع الرد هناك بسبب وجود الزيادة في المبيع بسبب ذلك الفعل فكان الامتناع لحق الشرع وهو شبهة الربا ورد بانه حينئذ يجب
 أن يقول والامتناع حكمي لا بفعله الذي لا يوجب الزيادة والحق أن يقال في الجواب عدم الرد في الصبغ بما حصل من فعله من وجود الزيادة
 في المبيع لا بفعله وأما الاعتاق فالقياس فيه أن لا يرجع لان الامتناع بفعله وذلك يمنع الرجوع لانه لما اكتسب بسبب تعذر الرد كان حاسبا
 حكما فكانه في يده يحبس ويريد الرجوع فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان الاذى ما خلق في الاصل بحلال الملك
 وانما يثبت الملك فيه موقتا الى وقت الاعتاق والموقت الى وقت ينقضي بانتهائه فكان الاعتاق انهاء كالموت (قوله وهذا) أي جواز الرجوع
 (بنقصان العيب عند الانتهاء) لان الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والرد متعذر فصار حاسبا لأن ترى الولاية يثبت بالعتق والولاية
 أثر من آثار الملك فبقاؤه كبقاء أصل الملك (والتدبير والاستيلاء بمنزلة الاعتاق) لان النقل الى ملك البائع تعذر بالرد بالا مرا الحكمي مع بقاء المحل
 والملك فان قيل كيف يكونان كلا اعتاق وهو منه دونهما فالجواب ان الانتهاء (١٥) يحتاج اليه لتقرر الملك بمجعل مالم يكن

كانت انهاء فصار كالموت وهذا لان الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر والتدبير
 والاستيلاء بمنزلة لانه تعذر النقل مع بقاء المحل بالامر الحكمي (وان أعتقه على مال لم يرجع بشئ) لانه
 حبس بدله وحبس البدل كبس المبدل وعن أبي حنيفة قرجه الله أنه يرجع لانه انهاء للملك وان كان بهوض
 عيب وذلك مو جب للرجوع اذا امتنع الرد انما يكون مانعا اذا كان عن فعل المشتري أما اذا ثبت حكمي لشئ
 فلا وهنا ثبت حكم للموت فلا يمنع الرجوع بالنقصان واستشكل عليه ما اذا صبغ الثوب أجز واخواته فانه
 يرجع بالنقصان مع ان الامتناع بفعله وأوجب بان امتناع الرد في ذلك انما هو بسبب الزيادة التي حصلت
 في المبيع حقا للشرع للزوم شبهة الزوال باقيل فكان ينبغي للمصنف أن يزيد في قوله لا بفعله الذي لا يوجب زيادة
 (وأما العتق فالقياس فيه أن لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع) وهو قول
 الشافعي وأحمد (لان العتق انهاء للملك لان الاذى ما خلق في الاصل للملك وانما يثبت الملك فيه) عن سيبه
 (موقتا الى الاعتاق) فيثبت (انه انهاء فصار كالموت وهذا) وهو الرجوع بالموت وما في معناه بسبب انه انهاء
 (لان الشيء بانتهائه يتقرر) الى آخر ما قررناه وقوله (والتدبير والاستيلاء بمنزلة) أي بمنزلة الاعتاق وان لم
 يز بالملك كما يز يله الاعتاق (لانه يتعذر) معهما (النقل) من ملك الى ملك وبذلك يتعذر الرد وقوله (مع
 بقاء المحل) احتراز عن الموت والاعتاق وقوله (بالامر الحكمي) أي بحكم الشرع لا بفعل المشتري كالقتل
 (فان أعتقه على مال) ثم اطمع على عيب (لم يرجع بشئ) وكذلك كاتبه لان المشتري حبس بدله وحبس البدل
 كبس المبدل وعن أبي حنيفة قرجه الله عنه انه (أي المعتق على مال) (يرجع) بالنقصان وهو قول أبي يوسف
 وبه قال الشافعي وأحمد (لان العتق) سواء كان بمال أو بلا مال هو (انهاء للملك) أعنى الرق وبهذا يثبت به
 الولاية في الوجهين واذا كان انهاء كان كالموت وكونه بمال أو بغيره طردوا ولو جه مائة قدم من كونه حاسبا له
 الدليل الى غاية العتق والشيء ينقضي بمضي مدته وانتهى مقرر في نفسه وله ذاب يثبت الولاية بالعتق والولاية
 أثر من آثار الملك فبقاؤه كبقاء أصل الملك والتدبير والاستيلاء كالعتق لانهما لا يزيلان الملك ولكن المحل
 بهما يخرج من أن يكون قابلا للنقل من ملك الى ملك فقد تعذر الرد مع بقاء الملك المستفاد بالشراء حقيقة أو

الامضون بالقوله صلى الله عليه وسلم انيس في الاسلام دم مخرج أي مبطل وسقوط القصاص والدية عن المولى في قتل عبده انما هو باعتبار الملك فصار
 كالمستفيد بالملك عوضا بخلاف الاعتاق فانه ليس بموجب للضمان في غير الملك مطلقا لعدم نفوذه ومن أحد الشرعيين اذا كان عسرا فقد
 تخلف عن الضمان فلم يصربه مستقضا فيمنع الرجوع واذا كان المبيع طعما فأكاله أو ثوبا فلبسه حتى تخرق لا يرجع عند أبي حنيفة استحسانا
 وعندهما يرجع لانه فعل بالمبيع ما يقصد بثرائه ويعتاد فعله فيه فاشبهه الاعتاق ولا يوجب حنيفة قرجه الله ان الرد تعذر بفعل مضمون من

سبب ما مستقلا لعدم الرجوع فهو منوع وان أراد دلالاته على سببية في الجملة ولو بانضمام شرط أو رفع مانع فسلم ولا يرد النقض والرد الذي أوردته
 على جوابه ولك أن تقول الباء فيه لاملازمة ولا يلزم الاطراد فتأمل وأنت خبير بانه لو أورد النقض على قوله لان الامتناع بفعله لكان أظهر
 اذ لا يرد حينئذ ما أوردناه والحق أن يقال في الجواب عدم الرد أقول أنت خبير بان عبارة الجواب السابق لا تأتي عن الحل على هذا المعنى (قوله
 فصار حاسبا) أقول فيه بحث لعدم مناسبة المقام (قوله فالجواب أن الانتهاء يحتاج الى الخ) أقول فيه بحث فان مراد القائل كيف يكونان كلا اعتاق
 ولا يجري فهم ما وجبه الاستحسان فيقيان على القياس فتأمل

(فان قتل المشتري العبد أو كان طعاماً فأكلمه يرجع بشئ عند أبي حنيفة رحمه الله أما القتل فالمدكور
ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يرجع) لأن قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوى فصار
كالموت حتف أنفه فيكون انتهاء وجه الظاهر أن القتل لا يوجب جسد الامعة وإنما سقط الضمان ههنا
باعتبار الملك فبصير كالمستفيد به عوضاً بخلاف الاعتاق لانه لا يوجب الضمان لانه لا يوجب
مشتراً كالأموال كل فعلى الخلاف فعندهما يرجع وعنده لا يرجع استحساناً وعلى هذا الخلاف إذا لبس
الثوب حتى تحرق لهما أنه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه يعتاد فعله فيه فأشبه الاعتاق وله أنه تعذر الرد
بفعل مضمون منه في المبيع فأشبه البيع والقتل ولا معتبر بكونه مقصوداً لا يرى أن البيع مما

يحبس بدله (قوله فان قتل المشتري العبد) أى لم يمت عنده حتف أنفه (أو كان) المبيع (طعاماً
فاكلمه يرجع بشئ عند أبي حنيفة رضي الله عنه أما القتل فالمدكور) من عدم الرجوع فيه (ظاهر
الرواية) عن أصحابنا (وعن أبي يوسف أنه يرجع) وذكر صاحب الينابيع ان يجمد معه وهو
قول الشافعى وأجسد (لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوى) من قصاص أو دية (فكان
كالموت حتف أنفه) وإنما يتعلق به حكم الآخرة من استحقاق العقاب إذا كان بغير حق (ووجه
الظاهر ان القتل لا يوجب جسد الامعة) قال صلى الله عليه وسلم ليس في الاسلام دم مفرج أى مهدر (وأنما
سقط الضمان) عن المولى (بسبب الملك) وكذا لو باشره في غير ملكه كان مضموناً ولما سقط الضمان
عن المولى (صار كالمستفيد بالعوض) هو سلامة نفسه ان كان عبداً وسلامة الدية للمولى ان كان خطأ
فكان كأنه ياعه (بخلاف الاعتاق) لانه ليس بفعل مضمون لانه لا يتعلق به في ملك الغير لا ينفذ وعق أحسد
الشريكين ان نفذ لا يتعلق به ضمان اذا كان معسراً بل اذا كان موسراً على تقدير فلم يوجب به بذاته فلم
يستغداً أى لم يلزم استغادته بالاعتاق عن ملكه شيئاً حقيقة ولا حكماً (وأما الاكل فعندهما يرجع به) وبه
قال الشافعى وأجود في الخلاصة عليه الفتوى وبه أخذ الطحاوى (وعنده لا يرجع استحساناً وعلى هذا
الخلاف إذا لبس الثوب حتى تحرق) ثم اطلع على عيب عنده لا يرجع وعندهما يرجع (لهم أنه صنع بالمبيع
ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه) من الاكل واللبس حتى انتهى الملك به (فكان كالاعتاق) بخلاف القتل
والاحراق ونحوه من الاستهلاك ليس معتاداً غرضاً من الشراء مقصوداً به (وله أنه أتلفه بفعل مضمون منه) لو
وجد في غير ملكه غير أنه سقط أى انتفى الضمان للملكه فكان كالمستفيد به عوضاً (كالقتل) فلا يرجع
(ولا معتبر بكونه مقصوداً) بالشراء لانه وصف طردى لأثره في إثبات الرجوع (ألأثرى ان البيع مما

حكم فيه يرجع بنقصان العيب لانه استحق ذلك الملك بوصف السلامة كالموت عيب عند المشتري (قوله فان قتل
المشتري العبد أو كان طعاماً فأكلمه الخ) والاصل أن امتناع الرد ان كان بفعل مضمون من المشتري لا
يرجع بشئ لانه متى كان مضموناً كان ممسكاً للمبيع معنى ومن شرط الرجوع بالنقصان أن لا يكون ممسكاً
أياه وإذا امتنع الرد لا بفعل منه فان هلك أو بفعل غيره مضمون منه يرجع لانه لا يتصور أن يكون ممسكاً
القتل فعل مضمون اذ لو باشره في ملك الغير يضمن وإنما استغاد البراءة عن الضمان هنا للملكه فيه فيجوز
سقوط الضمان عنه بسبب الملك وقد زال عنه الملك بالقتل باعتراض المالك ولهذا ياتى ويجب عليه الكفارة
ان كان خطأ ويضمن ان كان مدوناً وإنما يضمن اذا لم يكن مدوناً لعدم الفائدة لاستحالة الرجوع له
عليه فصار الضمان كالمسالم له معنى هذا الاعتبار بخلاف الاعتاق لانه لا يوجب الضمان عليه مطلقاً لو فعله
في ملك غيره لعدم النفاذ فيه ومن أحد الشرى يكتفى وان نفذ فلا يتعلق به الضمان مطلقاً لانه اذا كان معسراً لم
يضمن وهذا لان الاعتاق تصرف شرعى واعتباره بشرط وهو الملك بخلاف القتل لانه حسى يتصور في الملك
وغيره وهو لم يستغداً بالاعتاق عوضاً حقيقة وحكمياً فلا يكون حاسباً للمبيع فيرجع بالنقصان ويؤيده
ما ذكرنا أن العتق ليس بمضمون (مسألة) ذكرها في شرح الطحاوى رحمه الله وهى أن مشتري العبد ولو وكل

المشتري في المبيع كما إذا باع
أو قتل وذلك لان الاكل
واللبس موجب للضمان
في ملك الغير وباعتبار
ملكه استغاد البراءة لذلك
بنزله عوض سلمه والجواب
عن قولهما انه لا معتبر بكونه
مقصوداً لان البيع مما
يقصد بالشراء ثم هو يمنع
الرجوع بالاتفاق وان أكل
بعضه ثم علم بالعيب فكذا
الجواب عند أبي حنيفة لان
الطعام كشيء واحد فصار
كبيع البعض وعن أبي
يوسف ومحمد رحمهما الله
روايتان في رواية يرجع
بنقصان العيب في الكل
لان الطعام في حكم شئ واحد
فلا يرد بعضه بالعيب وأكل
الكل عندهما لا يمنع
الرجوع بالعيب فأكمل
البعض أولى وفي رواية يرد
ما بقى لانه لا يضره التبعض
فهو قادر على رد البضع
كأقبضه ويرجع بنقصان
العيب فيما أكله وفي بيع
البعض عنهما روايتان في
اجداهما لا يرجع بشئ
كما هو قول أبي حنيفة وهو
المدكور ههنا لان الطعام
شئ واحد فيبيع البعض
فيه كبيع الكل وفي
الأخرى رد ما بقى لانه لا يضره
التبعض ولكن لا يرجع
بنقصان العيب فيما باع
اعتبار البعض بالكل

قال المصنف (ووجه الظاهر
ان القتل لا يوجب جسد)

يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع فإن أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذلك الجواب عند أبي حنيفة رحمه الله
لأن الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض وعندهما أنه يرجع بنقصان العيب في الكل وعندهما أنه يرد ما بقي

يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع وجعل المصنف قول أبي حنيفة استخسانا مع ما خبره جوابه عن دليلهما
يفيد تخالفه في كون الفتوى على قولهما أو ورد عليه القطع والخياطة فأنهما وجبان للضمان في ملك الغير
مع أنه يرجع بالنقصان فيهما أوجب بان امتناع الرد فيهما لحق الشرع لا لفعله ولا كذلك هنا فإنه امتنع
لفعله لا لحق الشرع وهذا يتم في الخياطة لأن زيادة ما في مجرد القطع فلا يتم ولذا لو قبله البائع مع ما عا كان له
ذلك بخلافه من غير السواد (قوله ولو أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذلك الجواب عنده)
يعني لا يرد ما بقي ولا يرجع بالنقصان فيما أكل (لأن الطعام كشيء واحد) حتى كان رؤية بعضه
سكروية كنهه بسقط الخيار (فصار كبيع باع بعضه) ثم اطاع على عيب فانه يبطل حقه في الرجوع عن غير
قول زر فإنه قال يرجع بنقصان العيب في الباقي إلا أن رضي البائع أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن وعندهما
رواية ثان روايتها أنه يرجع بنقصان العيب في الكل فلا يرد الباقي ورواية يرد ما بقي لأن الطعام لا يضره
التبعض فكان قادر على الرد كما أخذه ويرجع بالنقصان فيما أكل هكذا ذكر المصنف وهو نقل القدروري
في كتاب التبريد وفي شرح الطحاوي أن الأول قول أبي يوسف قال يرجع بالنقصان في الكل إلا أن رضي
البائع أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن وإن الثاني قول محمد قال وكان الغيبة أبو جعفر يعني بقول محمد وهو
اختيار الغيبة أبي الليث وفي شرح المجمع قال أبو يوسف يرد ما بقي إن رضي البائع أن يستحق الرد في الكل
دون البعض فيتوقف على رضاه وقال محمد يرد ما بقي وإن لم يرض لما ذكرنا أن التبعض لا يضره وفيما لو باع
البعض عنهما وإيتان في رواية لا يرجع بشيء كما هو قول أبي حنيفة لأن الطعام كشيء واحد فيبيع البعض
كبيع الكل وفي رواية يرد ما بقي لأنه لا يضره التبعض ولكن لا يرجع بالنقصان فيما باع وفي المجتبى عن
جمع البخاري أي كل بعضه يرجع بنقصان عيبه ويرد ما بقي وبه يقتضى ولو أطمعه ابنه الكبير أو الصغير أو
امراً أنه أو مكاتبه أو ضيفه لا يرجع بشيء ولو أطمعه عبده أو مديرة أو أم ولد يرجع لأن ملكه باق ولو اشترى
دقيقاً فخبز بعضه وظهر أنه مررد ما بقي ويرجع بنقصان ما خبز هو المختار ولو كان من أضافه كله ثم أقر البائع
أنه كان وقعت فيه فارة يرجع بالنقصان عندهما وبه يقتضى في الكفاية كل تعرف بسقط خيار العيب

وكذا لا يقبضه قبل نقد الثمن فقبضه الوكيل بغير إذن البائع فأتى في يده كان البائع أن يضمن الوكيل القيمة
ويحسبها بالثمن ولو كان وكيلاً بالاهتاق فاعتقه الوكيل جازعته فهو يصير قابضاً وليس للبائع أن يضمن
الوكيل القيمة وله أن يطالب المشتري بالثمن فثبت أن المعتق غير مضمون وكذلك قال أبو حنيفة رحمه الله
الأكل واللبس فعل مضمون عليه وإنما استغاد البراءة باعتباره ملكه في المحل وذلك بمنزلة عوض يحصل له فإن
قبل هذا يشكل بالقطع والخياطة فأنهما فعلا لأن مضمونان ومع ذلك يرجع بالنقصان قلنا إنما يرجع
لامتناع الرد بحكم شرعي ولا كذلك ههنا فإن الرد امتنع بفعل مضمون (قوله وإن أكل بعض الطعام) إلى
قوله فصار كبيع البعض إذا باع بعضه ثم جسد به عياله لا يرجع بالنقصان لافي المزال ولا في الباقي عندنا لأن
امتناع الرد في الباقي بفعله حيث باع بعضه وعند زر رحمه الله يرجع بنقصان الباقي اعتباراً ببعضه بالكل
وإن أكل بعضه ثم علم بالعيب فعند أبي حنيفة رحمه الله لا يرد ما بقي ولا يرجع بنقصان ما أكل وما بقي لأن
الطعام في الحكم كشيء واحد فلا يرد بعضه بالعيب دون البعض كإلوا باع البعض وعندهما أنه يرجع
بنقصان العيب في الكل لأن الطعام كشيء واحد فلا يرد بعضه بالعيب وأكل الكل عندهما لا يمنع من الرجوع
بنقصان العيب فأكل البعض أولى وعندهما أنه يرد ما بقي لأنه لا يضره التبعض وهو قادر على الرد كما قبضه
ويرجع بنقصان العيب فيما أكل وبعد بيع البعض عنه ما روايتان في إحدى الروايتين لا يرجع شيء
كما هو قول أبي حنيفة رحمه الله لأن الطعام في حكم شيء واحد فيبيع البعض فيه كبيع الكل وفي الرواية

قال (ومن اشترى بيضا أو بطيخا) اذا اشترى بيضا أو بطيخا (أو قثنه أو جوزا) أو شيئا من الفواكه (فكسره) غير عالم بغيبه (فوجد السكل فاسدا) بان كان منتفئا أو مراً أو خاليا بحيث لا يصلح لأكل الناس ولا لعلاف الدواب ولم تناول منه شيئا بعد مذاقه (فله أن يرجع بالثمن كله) لانه تبين بالكسره انه ليس بمال اذا لمال ما ينتفع به اما في الحال واما في المسائل والمذكور راس كس ذلك وتغطف من القثود باضدادها فانه اذا كسره عالم بغيبه صار واضيا واذا صلح (١٨) لكل بعض الناس أو الدواب أو وجدته قليل اللب كان من العيوب لامن الفساد

لانه لا يضره التبعض (قال ومن اشترى بيضا أو بطيخا أو قثنا أو خيارا أو جوزا فكسره فوجدته فاسدا فان لم ينتفع به يرجع بالثمن كله) لانه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لان ماليت به باعتبار اللب (وان كان ينتفع به مع فساد لم يرد) لان الكسره عيب حادث (و) لكنه (يرجع بنقصان العيب) دفعا للضرر بقدر الامكان وقال الشافعي رحمه الله يرد

ذا وجدته في ملكه بعد العلم بالغيب فلا رد ولا أرش لانه كالرضايه (قوله ومن اشترى بيضا أو بطيخا أو قثنا أو خيارا أو جوزا) أو قثرا أو فاكهة (فكسره) غير عالم بالغيب (فوجدته فاسدا فان لم ينتفع به) كالقرع المر والبيض المذر (يرجع بالثمن كله) لانه ليس بمال فكان البيع باطلا بخلاف ما لو كسره عالم بالغيب لا يرد (ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره) بان كان في موضع يعرف فيه الحطب وهو مما يشترى للوقود (على ما قيل) من انه اذا كان كذلك يرجع بحصة اللب ويصح العقد في قشره بحصته من الثمن لان العقد فيه صادق بحله (لان مالية الجوز) قبل الكسره ليس الا (باعتبار اللب) واذا كان اللب لا يصلح لم يكن محل البيع موجودا فيظهر ان العقد وقع باطلا واختاره المصنف وأشار اليه الامام السرخسي (وان كان ينتفع به مع فساد) بان ياكله الغرأ أو يصلح لعلاف يرجع بحصة العيب لان الكسره عيب حادث عند المشتري (فيمتنع الرد فيرجع بالنقصان) الا ان تناول شيئا منه بعد ما ذاقه لا يرجع بشئ ولذا قال الحلواني هذا اذا ذاقه فوجدته كذلك فتركه فان تناول شيئا منه بعد ما ذاقه لا يرجع بشئ وأما اذا اشترى بيضا نعاما فوجدتها مذرة ذكر بعض المشايخ في شرح الجامع انه يرجع بنقصان العيب وهذا يجب أن يكون بلا خلاف لان مالية بيض النعام قبل الكسره باعتبار اللب دون القشر واذا كان اللب بحيث لا ينتفع به لم يوجد محل البيع فيقع باطلا فيرد القشر ويرجع بكل الثمن وعلى هذا اذا كان المبيع بيضا نعاما فوجدتها بالكسره مذرة ذكر بعض المشايخ انه يرجع بنقصان العيب وهذا الفصل يجب أن يكون بلا خلاف لان مالية بيض النعام قبل الكسره باعتبار القشر وما فيه جميعا واذا كان مما ينتفع به في الجملة لم يرد لتعيينه بالكسره الحاث لكنه

الآخر يرد ما بقي لانه لا يضره التبعض ولكنه لا يرجع بنقصان العيب فيما باع اعتبار اللب بعض بالسكل كذا في المبسوط (قوله فان لم ينتفع به يرجع بالثمن كله) أي ان لم ينتفع به أصلا بحيث لا يصلح لأكل الناس ولا لعلاف قال الامام الحلواني رحمه الله هذا اذا ذاقه فتركه فان تناول شيئا منه بعد ما ذاقه لا يرجع عليه بشئ وما لا ينتفع به أصلا كالقرع اذا وجدته مرا والبيضة اذا كانت مذرة (قوله ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره) على ما قيل اذا كان للقشر قيمة بان كان في موضع يعرف فيه الحطب ويستعمل فيه قشر الجوز استعمال الحطب فوجدته خاويا اختلف المشايخ في رجوعهم اليه فيه منهم من قال يرجع بحصة اللب يصح العقد في القشر بحصته لان العقد في القشر صادق بحله ومنهم من قال يرد القشر ويرجع بجميع الثمن لان مالية الجوز قبل الكسره باعتبار اللب دون القشر واذا كان اللب لا يصلح لم يكن محل البيع موجودا وان كان للقشر قيمة فتبين أن البيع وقع باطلا واليه مال شمس الاثنا السرخسي رحمه الله وان وجد البعض فاسدا وهو قليل صح البيع استحسانا لان الكثير من الجوز لا يتخلو عن قليل فاسد فهو كالتراب في الحنطة فلو فسد البيع باعتبار انه لا يسد باب بيعه والقليل لا يتخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائتين كان الفاسد كثيرا وهو أن يكون في المائة أكثر من ثلاثة لا يصح في السكل ويرجع بكل الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله لجمعه في العقد بين ماله قيمة وبين ماله قيمة فصار كالجمع بين حو وعبد في البيع وعنددهما يصح العقد

يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الامكان من الجانبين وقال الشافعي رحمه الله يرد لان الكسره وان كان عيبا احادنا لان

وان تناول منه شيئا بعد مذاقه صار واضيا واذا لم يكن مالا لا يكون محل البيع فيكون باطلا فان قيل التعليل صحيح في البيض لان قشره لا قيمة له وأما الجوز فربما يكون لقشره قيمة في موضع يستعمل استعمال الحطب لعزته فيجوز أن يكون العقد صحيحا في القشر بحصته لمصادفته المحل ويرجع على البائع بحصة اللب كذهب اليه بعض مشايخنا أجاب المصنف بقوله ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لان مالية الجوز قبل الكسره باعتبار اللب دون القشر واذا كان اللب بحيث لا ينتفع به لم يوجد محل البيع فيقع باطلا فيرد القشر ويرجع بكل الثمن وعلى هذا اذا كان المبيع بيضا نعاما فوجدتها بالكسره مذرة ذكر بعض المشايخ انه يرجع بنقصان العيب وهذا الفصل يجب أن يكون بلا خلاف لان مالية بيض النعام قبل الكسره باعتبار القشر وما فيه جميعا واذا كان مما ينتفع به في الجملة لم يرد لتعيينه بالكسره الحاث لكنه

ولقائل أن يقول المعلق يستغنى بالاعتناق للوالة فلم يجمع مستضيحا قوله وان تناول منه شيئا بعد ما ذاقه صار واضيا الخ أقول فيه بحث فاه اذا لم يكن مالا وكان بيعه باطلا لا يفيد رضاه صحة البيع كالمو رضى بشرائه الميتة والدم حيث لا يبيعه الله الرضا عرضنا فالتقيد بما لا يستلزم الرضا ضائع بل محل الكلام على المتأمل

لكنه بتسليط قلنا التسليط على الكسرى في ملك المشتري لاني ملك البائع لانه بالبيع (١٩) لم يبق ملكه لم يكن التسليط الا في ملك المشتري

وذلك هدر لعدم ولايته عليه
فصار كما اذا باع ثوبا فاقطعه
ثم وجده معيبا فانه يرجع
بالنقصان بالاجماع وان
حصل التسليط منه لكونه
هدرا ولو وجد البعض فاسدا

فالفاسد اما ان يكون قليلا
كالثمن في المائة أو كثيرا كما
فوقه في الاول جاز البيع
استحسانا وليس له أن
يخاصم البائع لاجله لانه عند
الانقضاء على العقد الظاهر
من حاله الرضا بالعتاد والجوز
في العادة لا يتخلون هذا في
الثاني لا يجوز ويرجع
بكل الثمن لانه جاع بين
المال وغيره وذلك مقصد
للعقد كالجعل بين الحر والعين
قال (ومن باع عبد فباعه
المشتري) ومن باع عبدا
فباعه المشتري (ثم رد عليه)
بعيب (ذ) امار ان قبل بقضائه
القاضي) أو بغير قضائه
فان كان الاول فاما ان

يكون باقرا او معنى القضاء
في هذه الصورة ان الخصم
ادعى على المشتري الاقرار
بالعيب والمشتري أنكر ذلك
فأثبت الخصم بالبينة وانما
احتج الى هذا التأويل لانه
اذ لم ينكر اقراره لا يكون
الرد محتاجا الى القضاء بل
يرد عليه باقراره بالعيب
وحديثه ليس له أن يرد
على بائعه لانه اقاله واما ان
يكون (بينة أو بآباء يمين)
وفي كل ذلك له أن يرد على
بائعه (لانه فسخ من الاصل
فجعل البيع الثاني كالعدم)

لان الكسرى بتسليط قلنا التسليط على الكسرى في ملك المشتري لاني ملكه فصار كما اذا كان ثوبا فاقطعه ولو
وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يتخلون قليل فاسدا والقليل لا يتخلون عنه الجوز
عادة كالأحد والاثنين في المائة وان كان الفاسد كثيرا لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جاع بين المال وغيره
فصار كالجعل بين الحر والعبد (قال ومن باع عبد فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فان قبل بقضائه القاضي
باقرا أو بينة أو بآباء يمين له أن يرد على بائعه) لانه فسخ من الاصل فجعل البيع كأن لم يكن

مقدارا لا يعلم العيب لانه في الرد في الصحيح من قوله انتمى وبس هذا التفصيل عندنا ولا في قول آخر
للساغفي ثم وجه قول الساغفي على ما في الكتاب ان هذا الكسرى بتسليط البائع فكانه كسره بنفسه (قلنا
التسليط على الكسرى في ملك المشتري لاني ملكه فصار كما اذا كان ثوبا فاقطعه المشتري ثم اطلع
على عيب فانه لا يرد مع انه سلط على قطعة بالبيع فعرف بالاجماع على أنه لا يرد وفي مسألة القطع أن
تسليط هذا هدر وان التسليط المعبر هو مال وسلطه ان يكسره وهو في ملكه أي ملك البائع بأن أمره بكسره
فذلك هو التسليط المانع من الضمان على الكاسر وأما البيع فتسليط للمشتري على أن يكسره في ملك
نفسه ولا أثر لهذا في نفى ولا ثبات ولو وجد البعض فاسدا فان كان قليلا جاز البيع استحسانا لان كسره من
الجوز والبيض (لا يتخلون قليل فاسد) فكان كقليل التراب في الحنطة والشعير فلا يرجع بشئ أصلا
وفي القياس يفسد وهو ظاهر (وان كان كثيرا لا يجوز البيع ويرجع بكل الثمن لانه جاع بين المال وغيره
فصار كالجعل بين الحر والعبد) في صفقة واحدة ولا نص في المسألة ولكن فيه ضرورة ظاهرة وقال المصنف
في القليل انه كالأحد والمئتي وفي النهاية أراد بالكثر ما وراء الثلاثة لا ما زاد على النصف وجعل الغيبة أبو
الليث الحسنة والستة في المائة من الجوز معقوا قال لان مثل ذلك قد يورث في الجوز فصار كالشاهد يعني عند
البيع ولو اشترى عشر جوزات فوجد خمسة أو ثمانية فاختل فواجب قبل بجوز العقد في الحسنة التي فيها بالبنصف
الثمن بالاجماع وقبل يفسد في الكل بالاجماع لان الثمن لم يفصل وقبل العقد فاسد في الكل عند أي حنيقة
لانه يصير كالجعل بين الحي والميت في البيع وعندهما يصح في الحسنة التي فيها بالبنصف الثمن وهو الاصح لان
هذا يعني الثمن المفصل عندهما فان الثمن ينقسم على الاجزاء اعلى القيمة (قوله ومن باع عبد فباعه المشتري
ثم رد عليه بعيب) فان قبله بقضاء القاضي (ب) سبب (اقراره) بالعيب انه كان عنده ووجد عند المشتري منه
وهو المشتري الآخر (أو بينة) على ذلك لا نكراه العيب أو بسبب نكوله عن اليمين على العيب (فله ان يرد على
بائعه) الاول يعني له أن يخاصم الاول ويفعل ما يجب معه الى أن يرد عليه ويقبضه في المتوسط بما اذا دعى
المشتري الثاني العيب عند البائع الاول أما اذا أقام البينة أن العيب كان عند المشتري الاول لم يذكره في الجماع
وانما ذكره في اقرار الاصل فقال ليس للمشتري الاول أن يخاصم مع بائعه بالاجماع لان المشتري الاول لم يصير
مكذبا فيما أقربه ولم يوجد هنا قضاء على خلاف ما أقربه ففي اقراره بكون الجارية سلبية فلا يثبت له ولاية الرد
هذا وانما يرد على ذلك التقدير لان الرد بهذا الطريق (فسخ من الاصل) يعني من كل وجه (فجعل البيع كأن
لم يكن) وقد اطلع على عيب فله أن يخاصم فيه اذ لا مانع من ذلك وما يتخلل مانع منه وهو أن القضاء بالبينة
والنكول فرغ انكاره العيب فخصومته البائع الاول فيه يكون مناقضا لتسليم خصومته ولذا قال زفر انه لا
رد عليه لانتفاء الدعوى المذكور وكذا بالاقرار فان معناه على ما فسره المصنف ان يدعى عليه انه أقر بالعيب فينكر
الاقرار فيشهد عليه بالاقرار فان اقراره غير مقطوع به لجواز كذب الشهود ووجههم ولهذا قال بعد الرد ليس

فيما كان صحيحا وهو الاصح وقبل يفسد العقد في الكل اجماعا لان الثمن لم يفصل (قوله لانه فسخ من
الاصل) فان قبل ينتقض هذا بمسائل احدها أن المبيع لو كان عقارا لا يطل حق الشفيع في الشفعة وان
كان الرد بالعيب بالبينة ولو كان فسخا من الاصل اطلت الشفعة لطلان البيع من الاصل والثانية أن
الرجل اذا باع أمته الخبي من رجل وسأها اليه ثم ان المشتري ظهر فيها بعيب فردها بقضاء القاضي ثم ولدت
ولدا ثم ادعاه أبو البائع لا تصح الدعوى ولو كان الرد بالبينة فسخا للعقد من كل وجه لصحت الدعوى كما تصح

(قوله لانه اقاله الخ) أقول لعل المراد لانه كالأقاله

به عيب لا يرد على البائع الاول بالاتفاق أجاب المصنف عنه بقوله (لكنه صار مكذبا بشرعا بالقضاء) فانه عدم انكاره العيب هذا بعد تسليم أن انكاره ظاهر في الصدق والافيجوز كونه لدفع الخصومة فان كثير من الناس يفعلون فصاروا ظاهرا يعارض ظاهر الديانة المقتضية لصدقه ثم لو كان ظاهرا في صدقه فقد ثبت كون هذا الظاهر غير واقع لتكذيب الشرع اياه بخلاف قوله لا عيب به بعد الرد لانه لا مكذب له وقد يقال تكذيب الشرع اياه باثبات العيب لا يرفع مناقضته وكونه مؤاخذا في حق نفسه برغمه وهي الدافعة لخصومة البائع الاول وقوله وهذا بخلاف الوكيل متصل بقوله له أن يرد لان المعنى له أن يخاصم فيرده بخلاف الوكيل بالبيع اذ ارد ما باعه بطريق الوكيل كالة عليه عيب بالقضاء بالبينة أو باباء يمين أو باقرار من المأمور بالعيب كذا لفظ الجامع حيث يكون رد على الموكل من غير حاجة الى خصومة والرد عليه بالخصومة لان ذلك عند تعدد البيع حتى يكون البيع الاول قائما بعد انفساخ البيع الثاني فيحتاج الى الخصومة في الرد وهذا البيع واحد فاذا ارتفع رجوع الى الموكل من غير تكافؤ زيادة وقيدته نفي الاسلام بعيب لا يحدث مثله فقال له الرد بالبينة وباباء اليمين وبالاقرار في عيب لا يحدث مثله أما في عيب يحدث مثله يرد بالبينة وباباء اليمين ولا يرد المأمور مع الاقرار لان اقرار المأمور لا يسمع على الاصر ومعنى اشتراط البينة أو النكول أو الاقرار والغرض انه لا يحدث مثله أنه اذا اشتبه على القاضي ان هذا عيب قديم أو لا وعلم انه لا يحدث مثله في مدة شهر ولم يثبت عنده تاريخ البيع فاحتاج المشتري الى اقامة البينة أو غيرهما من الحجج ان تاريخ البيع منذ شهر فيعلم القاضي حينئذ أن العيب كان في يد البائع فيرده عليه أما اذا عاين القاضي تاريخ البيع والعيب ظاهر فلا يحتاج الى شيء من ذلك فيكون الرد على الوكيل رد على الموكل بلا زيادة خصوصية وقد اعترض قول محمد انه بنكول الوكيل يلزم الموكل فان النكول بذل عنده اقرار عندهما وبذل الانسان لا يثبت في حق غيره واقرا الوكيل بالعيب لم يلزم الاصر في عيب يحدث مثله أجيب بأنه ليس حقيقة بل جار مجراه الا ترى أنه لو ادعى بحال على عبده ما دون له في التجارة فأنكروا ونكل عن اليمين بحكم عليه به مع أن بذله المال لا يجوز زالا في نحو الضيافة اليسيرة وكذا عندهما ونكل عن اليمين في كل حكم كان له أن يعود فيحلف ويسقط المال عن نفسه ولو كان اقرارا لم يملك الرجوع عنه والشئ اذا جرى مجرى الشئ لا يلزم كونه مجرى مجراه من كل الوجوه وهل حكمه محكم صريح الاقرار عند أبي يوسف لا وعند محمد نعم وتظهر ثمرة فيما قال في الدعوى من رواية بشر بن الوليد عن أبي يوسف لو ادعى دار في يد رجل فانكروا ونكل وقضى القاضي للمدعي بها ثم أقام المدعي عليه البينة أنه اشتراها من المدعي قال يسمع القاضي بيئته وترد الدار عليه ولو أقام أنه اشتراها من رجل آخر لا تقبل وقال محمد بن سماعة لا تقبل في الوجهين والنكول بمنزلة الاقرار وأبو يوسف يقول ليس بصريح الاقرار فيقبل وفي الايضاح ان رد على الوكيل بغير قضاء يلزمه خاصة سواء كان في عيب يحدث مثله أو لا يحدث مثله لان

والبيع الاول قائم فله
الخصومة والرد بالعيب

في أمة ابنه التي لم يبعها ابنه أصلا والثالث رجل باع عبدا من انسان ثم أحال بائنه على المشتري غريمه ثم ان المشتري رده بالعيب بقضاء القاضي لا تبطل الحوالة ولو كان الرد بالبينة فسحلا للعقد من كل وجه من الاصل لبطلت الحوالة قلنا ذلك كرمحدره الله في مواضع أن بالرجوع في الهبة يعود ملك الموهوب الى قديم ملك الواهب فيما يستقبل لا فيما مضى الا ترى أن من وهب مال الزكاة قبل الحول وسلمه اليه ثم جع في هبته بعد الحول فانه لا يجب على الواهب زكاة ما مضى من الحول ولا يجعل الموهوب عائدا الى قديم ملك الواهب في حق زكاة ما مضى من الحول وكذلك الرجل اذا وهب دارا لآخر وسلمها اليه ثم بيعت دار بجنبها ثم جع الواهب فيها لم يكن للواهب أن يأخذها بالشفعة ولو عاد الموهوب الى قديم ملك الواهب فيما مضى وجعل كان الدار لم تزل عن ملك الواهب لكان له الاخذ بالشفعة اذا ثبت هذا الاصل يخرج عليه ما أحسنه من المسائل أمامسألة الشفعة فلان حق الشفعة كان ثابتا قبل الرد وحكم الرد يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى وكذلك المسألة الثانية لان الاب انما تصح دعوته باعتباره ولا يمتد له ولا يمتد فلا يظهر حكم الرد فيه وكذلك المسألة الثالثة لان الحوالة كانت ثابتة قبل الرد فلا يظهر حكم الرد فيها لانها سابقة على الرد قال شيخ

غاية الامر أنه أنكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء ومنعنى القضاء بالاقرار أنه أنكر الاقرار فأثبت بالبينة وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذ ارد عليه بعيب بالبينة حيث يكون رداعلى الموكل لان البيع هناك واحد والموجود ههنا بيعان فيفسخ الثاني والاول لا يفسخ (وان قبل بغير قضاء القاضي ليس له أن

هذا الفسخ عقد جديد في حق ثالث والموكل ثالثهما انتهى معنى الفسخ الذى بلا قضاء وقوله (وان قبل) يعنى المشتري الاول (بغير قضاء القاضي) بل برضاه (لا يرد) على بائعه هذا هو الشق الثاني من توريد المسئلة وحاصلها ان من اشترى عبدا أو غيره فباعه فرد عليه بعيب بقضاء بائعه بالوجوه الثلاثة كان له أن يرد على البائع الاول خلافا لفر وان قبله بالتراضى ليس له أن يرد عليه لان الرد بالتراضى بيع جديد في حق الثالث والبائع الاول ثالثهما ما كان المشتري الاول اشتراه من المشتري الثاني ولو اشتراه المشتري الاول من المشتري الثاني لم يكن له أن يرد على الاول فلا خصوصية فكذا لو اذله والو كان على المشتري الاول في الدار شفعة فاسقط الشفع حقه فيما باعه ثم رد بعيب بالتراضى تجدد لشفيع حق الشفعة كان المشتري الاول اشترى ثانيا ما باع فلا يكون له حق الخصوصية في الرد ولا في الرجوع بالنقصان وقال الشافعي يرد اذا قبله بلا قضاء لان الرد بالعيب عنده يرفع العقد من أصله نص عليه الشافعي فلم يتفاوت الرد بالقضاء والرضا ونحن بينا الفرق بانه بالقضاء ففسخ وبو الرضا يبيع جديدي في حق ثالث وان كان فسخا في حقهما فان قيل لما يفسخ ببيع الفسخ وهو النكول أو الاقرار بالعيب يكون راضيا بحكم السبب فلا فرق بين القضاء والرضا في وجوب كونه بيعا في حق ثالث أجيب بان المسئلة فيما أقر بالعيب وأبى القبول فرد عليه القاضي جبرا فلا يتحقق فيه معنى البيع لعدم الرضا وقد قدمنا ان معنى الاقرار الشهادة عليه به ولانه اذا قبله بغير قضاء فقد رضى بالعيب فلا يرد على بائعه واستشكل على هذا الاصل وهو انه فسخ من الاصل (مسائل) احدها المبيع لو كان عقارا لا يبطل حق الشفع في الشفعة ولو كان الرد بالعيب بالبينة فسخا من الاصل بطل حق الشفع ابطالان البيع من الاصل والثانية ما اذا باع أمته الحبل وسلمها فرددت بعيب بقضاء ثم ولدت ولد اذ ادعاه أو البائع لا تصح دعوته ولو كان الرد بقضاء فسخا من الاصل صححت كماله لم يبعها الا بانه ادعاه الاب والثالثة ما لو أقال غريمه بالثمن على المشتري ثم رد المشتري بعيب بقضاء لا تبطل الخوالة ولو كان فسخا من الاصل بطأت أجيب ببيان المراد وهو أن محمد اذ كرفى مواضع أن بالرجوع في الهبة يعود ملك الموهوب الى قديم ملك الواهب فيما يستقبل لا فيما مضى ألا ترى أن من وهب مال الزكاة الى رجل قبل الحول وسلمه اليه ثم رجع في هبته بعد الحول فإنه لا يجب

الاسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله قول القائل الرد بقضاء القاضي فسخ للعقد وجعل له كان لم يكن متناقض متعارض لان العقد اذا جعل كان لم يكن جعل الفسخ كان لم يكن لان فسخ العقد بدون العقد لا يكون فاذا انعدم العقد من الاصل انعدم الفسخ من الاصل فاذا انعدم الفسخ من الاصل عاد العقد لانعدام ما ينافيه فممكن في هذه الدعوى دورا وتناقض من هذا الوجه ولو كان يقال العقد يجعل كان لم يكن على التفسير الذى قلنا كذا في الفوائد الظهيرية (قوله غاية الامر أنه أنكر قيام العيب) هذا جواب سؤال بان يقال لما أنكر البائع الثاني العيب فكيف يصح رده على بائعه بالعيب الذى أنكره اذ ذلك مناقضة منه فاجاب عنه بانه ارتفعت المناقضة لما كذبه الشارع فيه في انكاره وفيه خلاف محمد رحمه الله (قوله ومعنى القضاء بالاقرار) وانما احتج الى هذا التاويل لانه اذا لم ينكر اقرارا بعد الاقرار بالعيب لا يحتاج الى القضاء بل يرد عليه لاقراره بالعيب فاذا رد عليه باقراره بدون القضاء لم يكن له أن يرد على بائعه (قوله وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذ ارد عليه بعيب بالبينة) أى المشتري اذا باع ثم رد عليه بعيب بالبينة بخلاف الوكيل اذا باع ثم رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون رداعلى الموكل ولا يكون الرد على المشتري رداعلى بائعه وان كان الرد بقضاء القاضي ولم يتفرق الحال بين الوكيل والمشتري اذ ارد عليه ما باقرارا مما حث يلزمهما (قوله لان البيع هناك واحد) أى في فصل الوكيل بالبيع واحد فاذا فسخ انفسخ في حق الموكل والموجود ههنا بيعان فيفسخ

(قوله غاية الامر) اشارة الى جواب زفر عما قال اذا بجدا العيب ليس له أن يدعى على البائع الاول ان به عيبا لكون كلامه متناقضا ووجهه ان غاية امر المشتري انكاره قيام العيب لكنه لما صار مكذبا شرعا بقضاء القاضي ارتفعت المناقضة وصار كمن اشترى شيئا وأقر أن البائع باع ملك نفسه ثم جاء انسان واستحققه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع على البائع بالثمن (قوله وهذا بخلاف الوكيل) اشارة الى الجواب عما يقال اذ ارد المبيع بعيب على الوكيل بالبينة كان ذلك رداعلى الموكل وفيما نحن فيه الرد على المشتري ليس رداعلى البائع ووجهه أن البيع في صورة الوكيل يبيع واحد فرد على الوكيل رد على الموكل وبما نحن فيه بيعان وورد أحدهما لا يرد الآخر

قال المصنف (لكنه صار مكذبا شرعا) أقول قال ابن الهمام وقد يقال تكذيب الشرع اياه باثبات العيب لا يرفع مناقضته وكونه مؤنحذا في حق نفسه بوجهه وهى الدافعة لخصوصيته للبائع الاول اه وفيه بحث

برده) لانه بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حقهم او الاول ناسهما (وفي الجامع الصغير وان رد عليه بأقراره غير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له أن يخصم الذي باعه) وهذا يتبين أن الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث سواء وفي بعض روايات البيوع ان كان فيما لا يحدث مثله يرجع بالنقصان للتيقن بقيام العيب

على الواهب زكاة باعتبار ما مضى ولا يجعل الموهوب عائد الى قديم ملك الواهب في حق زكاة ما مضى من الحول وكذا الرجل اذا وهب دارا لآخر وسلمها اليه ثم بيعت داره بغيرها ثم رجع الواهب فيها لم يكن للواهب أن يأخذ بالشفعة ولو عاد الموهوب الى قديم ملك الواهب وجعل كأن الدار لم تزل عن ملك الواهب كان له أن يأخذ بالشفعة واذا عرف هذا الاصل خرجت المسائل المذكورة عليه أما الشفعة فلان حق الشفع كان ناشئا قبل الرد وحكم الرد يظهر فيه يستقبل لا يمتضى وكذا المسئلة الثانية لان الاب انما يصح دعوىه باعتبار ولاية كانت له في ان العلوق وهو معنى سابق على الرد وقد بطل قبل الرد فلا يظهر حكم الرد فيه بل يبقى ما كان من عدم ولاية هذه الدعوى وكذا المسئلة الثالثة لان الحوالة كانت ناشئة قبل الرد فلا يظهر حكم الرد في ابطالها ولان صحتها لا تستدعي عندنا في الحال عليه ولهذا قال شيخ الاسلام قول ائمة نيل الرد بقضاء فسخ وجعل العقد كان لم يكن متناقضا لان العقد اذا جعل كأن لم يكن جعل الفسخ كان لم يكن لان فسخ العدة بدون العقد لا يكون فاذا انعدم العقد من الاصل انعدم الفسخ من الاصل واذا انعدم الفسخ من الاصل عاد العقد لانعدام ما ينافيه لكن يقال العقد كان لم يكن على التفسير الذي قلنا وفي بعض المواضع قيد بعضهم بما اذا كان المبيع من غير النقود أما هنا فلا وذلك المسئلة نقلها في المحيط من المتفق أن من اشترى دينارا بدينارهم ثم باع الدينار من آخر ثم وجد المشتري الآخر بالدينار عيبا ورده على المشتري بغير قضاء فانه برده على باعه بذلك المعنى وهو ان المبيع حينئذ يكونان معدومين لان العيب ليس بجميع بل المبيع السليم فيكون العيب ملكا للبائع فلا يرد على المشتري برده بخلاف المبيع في غير النقود كالمسئلة الهادية فانهم موجودان في ذلك اذا قبله بدون القضاء فقد رضى بالعيب فلا يرد على باعه وأذن ما فهم من الاطلاق المذكور بالنسبة الى موضوع المسئلة غير محتاج الى هذا القيد وقوله (وفي الجامع الصغير) الى آخره انما ذكره لان ظاهره يخالف القدوري فانه لم يقيد المسئلة فيه بكون العيب لا يحدث مثله وقيدناه في الجامع حيث قال وان رد عليه بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له أن يخصم فقال انما يقيد به ليعلم انه كذلك فيما يحدث مثله بطريق أولى لانه لما لم يكن من الرد فيما لا يحدث مثله كالاصل في الردة والناقص والسن الشاعبة فامتناعه فيما يحدث مثله كالمرض والسعال والقروح مع احتمال انه حدث عند المشتري أولى قال المصنف (وفي بعض روايات البيوع) أي بيع الاصل (ان كان فيما لا يحدث مثله يرجع) يعني على البائع الاول اذا رده بالتراضي (للتيقن بقيام العيب عند البائع الاول) وقد فعلنا بغير قضاء ما لو رفع الى قاض فعليه لان الرديتين في هذا فكان فعلهما كفعلي القاضي والمراد لا يحدث مثله مطلقا وفي مدة كونه في ملك المشتري الاول الى رد المشتري الثاني قبل ووجه عامة الروايات ان هذا رديت بالتراضي فكان كالبيع الجديد ولا نسلم انهما فعلا غير ما يفعله القاضي لان الحكم الاصل في هذا هو المطالبة بالسلامة وانما يصار الى الرد لا يجوز فاذا نقلناه الى الرد لم يصح في حق غيرهما ألا ترى ان الرد اذا امتنع وجب الرجوع بحصة العيب وفيما ذكر من المسائل الحق متعين ليحتمل التحول الى غيره فانترقا هذا كله فيما اذا كان

وان كان الثاني فليس له أن يرد له لانه اقالة وهي بيع جديد في حق ثالث والبائع الاول ناسهما هذا اذا رد المشتري الثاني على الاول بعد القبض وأما اذا كان قبل القبض فلا فرق بين ما اذا كان الرد بقضاء أو بغيره لان الرد قبل القبض بالعيب فسخ من الاصل في حق الكل فصار كالرد بخيار الشرط أو بخيار الرؤية ودرج بذكر وضع الجامع الصغير ليتبين أن الجواب في عيب لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة أو الناقصة وفي عيب يحدث مثله كالقروح والامراض سواء وان كان قد يتوهم أن العيب اذا كان مما لا يحدث وقد رده بغير قضاء فانه أن يرد على باعه لتيقن بوجوه في يد البائع وهو الذي ذكر في بعض روايات البيوع الاصل والصحيح رواية الجامع الصغير لان الرد بغير قضاء اقالة تعهد التراضي فيكون بمنزلة بيع جديد في حق غيرهما وهو البائع الاول فلا يعود للمالك المستفاد من جهة البائع الاول ايخاصه

(قوله وان كان الثاني فليس له أن يرد) أقول معطوف على ما تقدم في هذا القول وهو قوله فان كان الاول فلما أن يكون باقرا

الثاني لا يفسخ الاول (قوله والاخر ناسهما) أي البائع الاول (قوله وبهذا تبين) وذلك لانه لما لم يتمكن من الرد في العيب الذي لا يحدث مثله كالاصل الزائدة مثلا مع أنانية فأن ذلك العيب كان موجودا في يد البائع الاول كان أولى أن لا يتمكن من الرد في العيب الذي يحدث مثله لانه يحتمل أنه حدث عند المشتري لا عند البائع ووجه هذه الرواية أن الرد بغير قضاء القاضي اقالة تعهد التراضي فيكون بمنزلة بيع جديد في حق غيرهما وهو البائع الاول فلا يعود اليه ملك المستفاد من جهة البائع الاول ايخاصه (قوله

(قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري البينة) فان حلف البائع دفع اليه الثمن وان أقام المشتري البينة فهو ان شاء يدفع الثمن أو المبيع واستشكل هذه العبارة لانه جعل غاية عدم الاجبار ما بين البائع أو بينة المشتري وذلك بالنسبة الى الاول صحيح لان البين يتوجه الاجبار بالنسبة الى الثاني ليس بصحيح لان اقامة البينة يستلزم عدم الاجبار لا ينتهي به وأجابوا بوجه بانه من باب علقها بتناوينا ما باردت قد بره وسقيتها ما باردا وان يجعل الكلام متضمنا للفظ عام يندرج تحته الغاية ان يقال لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم أي حكم الاجبار أو حكم عدم الاجبار لان كل واحد من الحلف واقامة البينة حكم من الاحكام وهذا مثل قول من قال في قوله علقها بتناوينا بمعنى أطعمتها فانه يستعمل في السقي كما يستعمل في الطعم في معنى (٢٣) الشرب قال تعالى ومن لم يطعمه فانه مني أي ومن لم يشربه وبان الانتظار مستلزم عدم الاجبار وذكر لازم واردة للملزم كناية والحق أن الاستشكل انما هو بالنظر الى مفهوم الغاية وهو ليس باللازم (قوله) لانه أنكر وجوب دفع الثمن لتعليل لعدم الاجبار لان المشتري أنكر وجوب دفع الثمن لانه أنكر تعين حقه بدعوى العيب وانكار تعين الحق أنكارا لانه وجوب دفع الثمن لان وجوب دفع الثمن أو ليس الا لتعين حق البائع بأزاء تعين المبيع فثبت أنكر تعين حقه في المبيع لان حقه في السلم فقد أنكره لانه وجوب دفع الثمن أو لا وفي انكار العلة أنكار المعلول فانصب خصما ولا بد حينئذ من جهة هي ما بينة أو بين البائع فان قبل في هذا التعليق فساد الوضع لان صفة الانكار تقتضي اسناد البين اليه لا اقامة البينة بالحديث فالجواب الاعتبار بالمعنى لا بالصورة

عند البائع الاول (قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري بيته) لانه أنكر وجوب دفع الثمن حيث أنكره بن حقه بدعوى العيب

الرد بالعيب من المشتري الثاني بعد قبضه أما اذا كان قبل قبضه فانه لا يشتري الاول أن يرده على البائع الاول سواء كان قبضا أو غير قبضا كمالو باع المشتري الاول المشتري الثاني بشرط الخيار له أو يبيع فيه خيارا روية فانه اذا فسخ المشتري الثاني بحكم الخيار كان للمشتري الاول أن يرده مع ما لقاؤه ان الفسخ بالخيار لا يتوقف على قضاء قال في الايضاح الفقه فيه أن قبل القبض له الامتناع من القبض عند اطلاع على العيب فكان هذا تصرف دفع وامتناع من القبض ولا يثبت له الدفع عامة فقط ظهر أثره في حق الكل وهذا لا يتوقف على القضاء فاما بعد القبض فوجب العقد وقد تناهى الآن حقه في صفة السلامة قائم فاذ لم يلزم له ثبت حق الفسخ فغا من هذا أن حق الفسخ بالعيب ما ثبت أصلا لان الصفة تحت القبض بل بغيره وهو استدرالك حقه في صفة السلامة وانما ظهر أثره في حق الكل لانه ثبت بولاية عامة ولو كان ياتراضى ظهر أثره في حقهما خاصة بخلاف الرد بخيار الروية والشرط لانه فسخ في حق الكل لان حقه في الفسخ ثبت أصلا لان ما يسلبان الزوم في أصل العقد فكان الفسخ مستوفيا حقه ولا يثبت استيفاء الحق ثبت على سبيل العموم وهذا لا يتوقف على القضاء (قوله) ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري بيته) على البائع أن العيب كان عنده وعنده ومقتضى هذا التركيب أنه اذا أقام هذه البينة يجبر على دفع الثمن وهو فاسد فقد ظهر الدين للثاني خبرا هكذا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم البينة على البائع أن العيب كان عنده فيستمر عدم الجبر انتهى ولا بد من تقدير آخر مع يحلف لان معناه ليس معنى يحلف البائع بل معناه بطالب منه الحلف وليس يلزم من طلب الحلف منه الجبر على دفع الثمن بل اذا حلف وهو غير لازم الجواز أن يسكن فيستمر عدم الجبر فعدم الجبر يثبت مع احدي صورتي التحليف كما ثبتت مع اقامة البينة وقبل يقدر فعل عام يدخل تحته الغاية أن عني الحلف واقامة البينة هكذا لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم به أو بعدمه بان يحلف فيحلف أو يقيم البينة ومنهم من أول لا يجبر ينتظر بدفع الثمن وانما قلنا انه لا يجبر على دفع الثمن اذا طالبه البائع به فادعى هو عيبا (لانه أنكر وجوب الثمن بدعوى العيب فانه به أنكر تعين حقه)

لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري بيته) وذكر في الفوائد الظهيرية بعد ذكر لفظ رواية الجامع الصغير كما ذكر في الكتاب فقال وفي هذا التركيب نظر لانه جعل أحدهما غاية لنفي الاجبار على الاداء ونفي الاجبار على الاداء لا ينتهي باقامة البينة بل يستمر ثم قال وأمكن تصحيحه بتقدير الجبر للمذكور ثانيا ومعناه أو يقيم المشتري البينة فيستمر عدم الاجبار (قوله) حيث أنكر تعين حقه) وهو التسليم فان قبل ما ادعاه المشتري من العيب وهو فاسد فلا يعارض المتحقق وهو وجوب تسليم الثمن قلنا فيه صيانة

(قوله) وأجابوا بوجه بانه من باب علقها بالخ) أقول هذا الجواب للامام ظهير الدين (قوله) وبان يجعل الكلام متضمنا (الح) أقول هذا الجواب منقول عن العلامة حافظ الملة والدين الكاكي وفيه تأمل (قوله) فيقال لم يجبر على دفع الثمن) أقول أي لم يحكم بشئ (قوله) واقامة البينة حكم من الاحكام) أقول أي وجه حكم فالنصف محذوف (قوله) والحق ان الاستشكل انما هو بالنظر الى مفهوم الغاية وهو ليس باللازم) أقول فيه بحث لان مفهوم الغاية لزومه متفق عليه على ما صرح به في التلخيص خصوص في الروايات وكلام المصنفين (قوله) لان المشتري أنكر وجوب دفع الثمن لانه أنكر تعين حقه) أقول فيه حقه راجع الى المشتري (قوله) فالجواب الاعتبار بالمعنى (الح) أقول ولعل الصحيح في الجواب أن يقال ان صفة الانكار انما تقتضي اسناد البين اليه ولم يكن انكاره في ضمن دعوى خلاف الظاهر وهو نافي ضمن ذلك فان الظاهر في المبيع هو السلامة

وهو فية مدعى ما يوجب دفع الثمن أو لا وان كان في الصورة منكرا (قوله ولانه لو قضى بالدفع) دليل آخر يتضح جواب ما قبل الموجب للعب وهو البيع مع القبض متحقق وماداعاه المشتري من العيب موهوم والموهوم لا يعارض المتحقق وتقرر بان ماداعاه المشتري وان كان موهوما لكن يجب على القاضي اعتباره صونا للقضاء عن النقض فانه اذا قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء قال (فان قال المشتري شهودي بالشام) اذا طلب من المشتري اقامة البينة على ماداعاه فقال شهودي بالشام غيب (استخلف البائع) فان حلف دفع اليه الثمن لان في الانتظار ضرر بالبائع فان قيل في الزام المشتري دفع الثمن ضرره ايضا اجاب المصنف بقوله (وليس في دفع الثمن كبر ضرره به لانه على حجة) يعني هو بسبيل من اقامة البينة عند (٢٤) حضور شهوده وفيه بحث من وجهين الاول ما قيل في بقاء المشتري على حجة بطلان

ودفع الثمن أولا ليتعين حقه بازاء تعين المبيع ولانه لو قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضى به صونا لقضائه (فان قال المشتري شهودي بالشام استخلف البائع ودفع الثمن) يعني اذا حلف ولا ينتظر حضور الشهود لان في الانتظار ضرر بالبائع وليس في الدفع كبر ضرره به لانه على حجة أما اذا انكسر الزم العيب لانه حجة فيه

لان حقه في السليم لم يقبضه فاقبضه ليس مو جباً دفع الثمن عليه (و) وجوب دفع الثمن أو لا ليتعين حق البائع بازاء تعين (حق المشتري) في المبيع (ولم يتعين لانه السليم وقد أنكره) وأورد عليه أن الموجب للعب قائم والمنع وهو قيام العيب موهوم فلا يعارض المتحقق فالجواب منع قيام الموجب لانه البيع للسليم أو هو مع قبضه وهو ينكره فهو محل النزاع وأيضاً قد ثبت ماداعاه فيؤدي الى نقض القضاء بدفع الثمن وصيانة القضاء عن النقض ينبغي ما يمكن (فلو أن المشتري قال شهودي بالشام) مثلاً فامهلني حتى أحضرهم أو آتيك بكتاب حكمني من قاضي الشام لا يسمع ذلك بل (يستخلف) البائع ويقضى (بدفع الثمن ان حلف) وان نكل رد المبيع وانما قلنا هذا (لان في الانتظار بالبائع كبر اضرار) لان التأخير الى غاية غير معلومة يجري مجرى الابطال خصوصاً بعد قبض مال البائع على وجه المعاوضة وليس في الدفع كبر اضرار بالمشتري (لانه على حجة) اذله أن يقيم البينة بعد حلفه على العيب ورد المبيع ويسترد الثمن بخلاف ما لو قال شهودي حضور فان الامهال هنا الى المجلس الثاني ولا ضرر في هذا التقدير على البائع فيمهل ولو قال احضر بينتي الى ثلاثة أيام أجلها وليس هذا مما ينقض فيه القضاء ظاهراً وباطناً عند أبي حنيفة لان ذلك في العقود والفسوخ ولم يتناكر العقابل حقيقة الدعوى هنا دعوى مال على تقدير فاقبضه هنا بدفع الثمن الى غاية حضور الشهود بالمسقط وهذا صريح في قبول البينة بعد الحلف ولا خلاف فيه في مثله أعني ما اذا قال لي بينة غائبة أو قال ليس لي بينة حاضرة ثم أتى ببينة تقبل وأما اذا قال لا بينة لي فخلف خصمه ثم أتى ببينة في أدب القاضي تقبل في قول أبي حنيفة وعند محمد لا تقبل ولا يحفظ في هذا رواية عن أبي يوسف وفي الخلاصة من رواية الحسن عن أبي حنيفة تقبل وفي جمع النسخ في قبول البينة عن أصحابنا روايتان نعم تحلف البائع في مسئلة الكتاب بخلاف ما في روضة القضاء اذا قال بينتي غائبة لم يحلف عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يحلف وكذا لو قال لي بينة حاضرة في المصير فأخلفه ثم أتى بها لا يحلف في قوله خلافاً لأبي يوسف وقوله (أما اذا انكسر الزم العيب لانه) يعني النكول (حجة فيه) أي في ثبوت العيب وقيد به لان النكول ليس حجة في كل شيء اذ ليس حجة في الحدود والعصا بالاجماع ولا في الاشياء الستة عند أبي حنيفة

قضاء القاضي وقد تقدم بطلانه والثاني ان الانتظار واقامة الحجة بعد الدفع مؤقتان بحضور الشهود فكيف كان أحدهما ضرراً والآخر دونه والجواب عن الاول ان القاضي ههنا قد قضى بإداء الثمن الى حين حضور الشهود لا مطلقاً فلا يلزم البطلان وعن الثاني بانه في دعوى غيبة الشهود منهم لجواز أن يكون ذلك مما طلة فلا يسمع قوله في حق غيره واذا طلب المشتري من البائع فنكسر الزم العيب لان النكول حجة في ثبوت العيب قيل هو احتراز عن النكول في الحدود والعصا بالاجماع وعن النكول في الاشياء الستة عند أبي حنيفة

(قوله وان كان في الصورة منكرا) أقول فيه بحث فانه مدعى صورة الأبرى انه يدعى وجود العيب وثبوت حق الرد (قوله وان كان موهوماً لكن يجب

القضاء عن النقض (قوله لانه على حجة) لانه لو حضر شهوده كان بسبيل من اقامة البينة ورد المبيع على البائع واستردا الثمن (قوله لانه حجة فيه) أي لان النكول حجة في ثبوت العيب وهذا احتراز عن النكول

على القاضي الخ) أقول اذا سلم كونه موهوماً فلا يجب على القاضي اعتباره والا فليما يخول قضاء عن أمر موهوم فلعل للخصم مدفعاً الآن يفرق بين موهوم وموهوم والحق منع تحقق موجب الجبر لان البيع للسليم أو هو مع قبضه وفيه النزاع كما ذكره ابن الهمام (قوله قد قضى بإداء الثمن الى حين حضور الشهود لا مطلقاً) أقول واذا كان كذلك فلا يلزم البطلان في الصورة الاولى أيضاً الا ان يقال التوقيت هنا ضرورة دفع الضرر والاصل الاطلاق ولا ضرورة هناك (قوله وعن الثاني بانه في دعوى غيبة الشهود منهم) أقول ولك أن تجيب أيضاً بان المنفذ الضرر عن المشتري بل قلنا ان ضرر البائع أكثر من ضرره حيث اجتمع البطلان في يد المشتري دون البائع فليتنامل (قوله لجواز أن يكون ذلك مما طلة) أقول اذ ليس له غاية معلومة

قال (ومن اشترى عبدا فادعى ابا قال) اذا ادعى المشتري ابا العبد المشتري وكذبه البائع فالقاضي لا يسمع دعوى المشتري حتى يثبت وجود العيب عنده فان اقام بيئته ابقى عنده يسمع دعواه وقال للبائع هل كان عندك هذا العيب في الحالة التي كانت عند المشتري فان قال نعم رده عليه ان لم يدع الرضا أو الابراء وان أنكر وجوده عنده وأدعى اختلاف الحالة قال القاضي لا يشتري إلا ما بينه فان اقامها عليه رده عليه وان لم يكن له بيئته وطلب الميمن يستخلف أنه لم يبق عنده وانما لم يحلف قبل اقامة المشتري البيئته لان القول وان كان قول البائع ليكونه منكرا لكن انكاره انما يقع بعد قيام العيب به في يد المشتري لان السلامة (٢٥) أصل والعيب عارض ومعرفة

انما تكون بالجهة وفيه بحث من وجهين أحدهما أن البيئته انما تقبل من المدعي والمشتري في هذه الصورة ليس بمدع بل فيما اذا ادعى العيب في يد البائع والثاني أن سلامة الذم عن الدين أصل والشغل به عارض كإثبات السلامة عن العيب أصل والعيب عارض فأى فرق بين ما نحن فيه وبين ما اذا ادعى على آخرينا فانكر المدعي عليه ذلك فان القاضي يسمع دعواه ويأمر الخصم بالجواب وان لم يثبت قيام الدين في الحال وأوجب عن الاول بان اقامة هذه البيئته من قيمة اقامة البيئته على أن العيب كان عند البائع لعدم تمكنه من تلك

(قال ومن اشترى عبدا فادعى ابا قال) يحلف البائع حتى يقيم المشتري البيئته أنه ابقى عنده) والمراد التحليف على انه لم يبق عنده لان القول وان كان قوله ولكن انكاره انما يقع بعد قيام العيب به في يد المشتري ومعرفة بالجهة (فاذا اقامها حلف بالله لقد باعته وسلمه اليه وما ابقى عنده قط) كذا قال في الكتاب وان شاء حلقه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعى أو بالله ما ابقى عندك قط

(قوله ومن اشترى عبدا فادعى) المشتري (ابا قال) عنده وعند البائع فأراد تحليف البائع على عدم الاباق عنده (لا يحلف حتى يقيم المشتري البيئته أنه ابقى عنده) أي عند المشتري لانه حينئذ يثبت العيب فتصح الخصومة فيه وانما لزم ذلك (لان القول وان كان قوله) أي قول البائع لكن لا يعتبر انكاره ولا يتوجه الميمن عليه (الابعد) ثبوت قيام المدعي مسبب الرد (معرفة) أي معرفة قيام العيب (بالجهة) عند انكار وهذا في دعوى نحو الاباق مما يتوقف الرد فيه على وجود العيب عندهما ما في عيب لا يتوقف الرد فيه على عود عند المشتري كولاية الجارية وكذا الجنون على خلاف المختار فلا يعرف أن معنى المسئلة أن يدعى ابا قال فيكر قيامه في الحال فيحتاج الى اثباته أما لو اعترف البائع فانه يسأل عن وجوده عنده فان اعترف رده عليه بالتمسك بالمشتري وان أنكر طو لب المشتري بالبيئته على أن الاباق وجد عند البائع فان اقامه رده والا حلف بالله عز وجل لقد باعته وسلمه وما ابقى عنده قط قال المصنف (كذا قاله في الكتاب) أي الجامع فان عبارته هكذا فاذا اقام على ذلك البيئته استخلف البائع بالله لقد باعته وقبضه وما ابقى قط قالوا (وان شاء حلقه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعى به وبالله ما ابقى) عندك قط كل من هذه العبارات حسنة بقيت عبارتان محتملتان وهما أن يحلف بالله لقد باعته وما به هذا العيب أو لقد باعته وسلمه وما به هذا العيب قالوا لا يحلف كذلك لان فيه ترك النظر للمشتري لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد فاذا فرض حدوث العيب كذلك حلف اقراره بعبثه وما به هذا العيب كان بارا في عبثه وأما بعبثه وسلمه وما به هذا العيب فكذلك لان هذه العبارة صادقة هذا اذا كان حدوث العيب بعد البيع قبل التسليم فقد يكون حدوث العيب كذلك فيقول البائع في عبثه أي يقصد تعاق

في الحدود والقصاص والاجماع وعن النكول في الاشياء الستة عند أبي حنيفة رحمه الله (قوله ومن اشترى عبدا فادعى ابا قال) أي جاء المشتري بالعبد الى البائع وقال بعثني آتعا وانما موضع المسئلة في الاباق لان العيب اذا كان ظاهرا وهو مما لا يحدث مثله كالا صبيح الزائدة أو الناقصة فان القاضي يقضي بالرد من غير تحليف اذا طلب المشتري لانا يتعاقب وجوده عند البائع أو باطنا لا يعرفه الا اطباء كوجع السكبد والطحال يرجع الى قول الاطباء في حق سماع الدعوى وتوجه الخصومة أو عيبا طاع عليه النساء كالقرن والرتق يرجع الى قول النساء في توجه الخصومة فلا يتأق في هذه المواضع تحليف البائع على قيام العيب في يد المشتري في الحال ولا يحتاج المشتري الى اقامة البيئته على قيامه في الحال وانما يثبت بالبيئته ما لا يعرفه الا بالعقوبة كالاباق والسرقعة والبول في الفراش والجنون (قوله حتى يقيم المشتري البيئته أنه ابقى عنده) أي عند المشتري (قوله والمراد التحليف أنه لم يبق عنده) أي عند البائع فان قيل أي فرق بين هذا وبين الدين فان من ادعى على آخرينا

(٤ - ففتح القدر والكفاية) - سادس) فيه لان توسل المشتري الى احياء حقه يمكن لان العيب اذا كان مما يعاين ويشاهد أمكن اثباته بالتعرف عن آثاره وان لم يعرف بالآثار أمكن التعرف عنه بالرجوع الى الاطباء والقوابل واذا ظهر هذا (قوله هذا العيب في الحالة التي كانت الخ) أقول يعنى في السكبر وفي الصغر (قوله وفيه بحث من وجهين الى قوله والثاني ان سلامة الذم الخ) أقول ولنا ان نحبب عن هذا البحث الثاني بان في الرد بالعيب لا بد أن يوجد العيب عند البائع ويعود عند المشتري حتى يرد ولا يلزم ثبوت الدين في الحالتين للقضاء بالايقاض بل يكفي وجوده في الحال

فاذا أقام المشتري البينة حلف البائع على البتات بالله لقد باعه وسلمه إليه وما أبق عنده قط كذا ذكر في المبسوط وقيل المراد بالكاتب ههنا الجامع الصغير وإن شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعى أو بالله ما أبق عنده قط ولا يحلف بالله لقد باعه وما به هذا العيب لأن هذا العيب قد يكون بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد وفي ذلك غفلة عن هذا المعنى وبه يتضرر المشتري وكذلك لا يحلف بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لأنه يوهم تعلقه بالشرطين جميعا ولو أن يحدث العيب بعد البيع قبل التسليم ويكون غرض البائع عدم وجود العيب في الحالين جميعا ففي وجوده في أحدهما يكون بارا لأن السكك ينتفي بانتفاء جزئه وبه يتضرر المشتري وإنما قال يوهم تعلقه بالشرطين جميعا إشارة إلى أن تأويل البائع ذلك في عينه ليس (٢٦) بصحيح ولكنه يتوهم لذلك بما ذكر لأن شمس الأئمة ذكر هذه العبارة في التحليف

وقال الأئمة سم قالوا النظر للمشتري ينعدم إذا استخلفه بهذه الصفة وذكر الوجه المذكور ثم قال والأصح عندي الأول لأن البائع ينفي العيب عند البيع والتسليم فلا يكون بارا في عينه إذا لم يكن العيب منتفيا في الحالين جميعا وعلى هذا فلقائل أن يقول في عبارة المصنف تسامح لأنه قال (أما لا يحلفه بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب) وعلمه (بأنه يوهم تعلقه بالشرطين فيتاو له وقالوا وإنما قال يوهم لأن ذلك التأويل ليس بصحيح فاذالم يكن التأويل صحيحا كان التحليف به جائزا وهو يناقض قوله لا يحلفه إلا إذا حمل النفي على الوجه الاحوط فيستقيم فإن قيل إلا في فعل الغيب والتخليف على فعل الغيب وإنما يكون على العلم دون البتات فالجواب أن الاختلاف على فعل نفسه في المعنى وهو تسليم المعقود عليه سليما كما أترمه وقيل

أما لا يحلفه بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لأن المشتري لا يحلف بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لأنه يوهم تعلقه بالشرطين جميعا ولو أن يحدث العيب بعد البيع قبل التسليم ويكون غرض البائع عدم وجود العيب في الحالين جميعا ففي وجوده في أحدهما يكون بارا لأن السكك ينتفي بانتفاء جزئه وبه يتضرر المشتري وإنما قال يوهم تعلقه بالشرطين جميعا إشارة إلى أن تأويل البائع ذلك في عينه ليس (٢٦) بصحيح ولكنه يتوهم لذلك بما ذكر لأن شمس الأئمة ذكر هذه العبارة في التحليف

لأن العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والاول ذهول عنه والثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيتاو له في اليمين عند قيامه وقت التسليم دون البيع ولولم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده وأراد تخليف البائع ما يعلم أنه أبق عنده يحلف على قولهما واختلاف المشايخ على قول أبي حنيفة وجه أنه لهما أن الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذا يترتب التحليف عدم العيب بالشرطين جميعا وهو التسليم والتسليم على ظن أن صدقه العلة على تقدير صدقه ليس بوجوبه شرعا وليس كذلك فإن تأوله كذلك لا يتخلصه عند الله تعالى من ذلك اليمين بل هي عين غش والاختصاص مع الوفاء بالمقصد أن يحلف بالله ما أبق عندي قط (ولولم يجد المشتري بينة على وجود العيب عنده وأراد تخليف البائع ما يعلم أنه أبق عنده المشتري يحلف على قولهما واختلاف المشايخ في قول أبي حنيفة) هل يحلف أو يفتحق العجز عن الخصومة فعن القاضي أبي الهيثم أن الخلاف مذکور في النوادر عنده لا يحلف وعند همام وفي شرح الجامع الكبير للشيخ أبي المعين النسفي قال بعض مشايخنا من سم الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن حامد لاختلاف في هذه المسئلة وتخصيص قولهما بالذکر لا يدل على أن قول أبي حنيفة بخلاف قولهما وإنما يحلف على العلم لأنه حلف على فعل الغير بخلاف حلفه على أنه ما كان عنده فقبل لأنه وإن كان على فعل الغير لكن الحلف على فعل الغير إنما يكون على العلم إذا لم يكن الخالف مسدغا العلم به أما إذا كان مسدغا فلا تروى أن المودع إذا ادعى قبض المودع لها يكون القول له ويحلف على البتات مع أنه فعل الغير وقيل ليس حاصله فعل الغير بل فعل نفسه وهو تسليمه وهو قول الإمام السرخسي والاول أوجه فإن معنى تسليمه سليما ليس المراد منه إلا الإلمام بحال التسليم بل بمعنى سلمته والجال أنه لم يفعل السرقة عندي فبرجوع إلى الخلف على فعل الغير وأورد على الاول مسئلتان أحدهما مالو باع رجلان عبدا من آخر صفقة واحدة ثم مات أحدهما فورثه

وأذكر المدعى عليه قيام الدين فإن القاضي باصر المدعى عليه بالجواب وإن لم يثبت قيام الدين في الحال وكما أن السلامة عن العيب أصل والعيب عارض فكذلك سلامة الذم عن الدين أصل والشغل عارض قلنا الفرق بينهما هو أن قيام الدين في الحال لو كان شرط لاستماع الخصومة لم يتوسل المدعى إلى احياء حقه عسى لأنه وبما يكون له بينة أصلا وكانت له بينة لكنه لا يقدر على اقامتها الملوتهم أول غيبتهم وأما في دعوى العيب لو شرطنا قيام العيب للحال لاستماع الخصومة يتوسل المشتري إلى احياء حقه لأن العيب إذا كان بما عاين أمكن اثباته بالتعرف عن آثاره وإن لم يعرف بالآثار أمكن التعرف عنه بالرجوع إلى الأطباء والقوابل كذا في الفوائد الظهيرية (قوله والاول ذهول عنه) وهو قوله بالله لقد باعه وما به هذا العيب والثاني وهو قوله

التخليف على فعل الغير إنما يكون على العلم إذا ادعى الذي يحلف أنه لا علم له بذلك أما إذا ادعى أن له علم بذلك فالحلف على البتات وله لادعائه العلم بذلك فإن لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده وأراد تخليف البائع بالله ما يعلم أنه أبق عنده المشتري هل له ذلك أولا قيل له ذلك على قولهما واختلاف المشايخ على قول أبي حنيفة وهو المذکور في النوادر ذكره الطحاوي وهو مختار المصنف وقيل لاختلاف في هذه المسئلة (لهما أن الدعوى معتبرة لأنه يترتب عليها البينة) وكل ما يترتب عليه البينة (يترتب) عليه (التخليف) بالاستقراء

(قوله وقيل المزايا بالكاتب) أقول القائل هو الأتقاني (قوله لا تسم الأئمة إلى قوله والأصح عندي) أقول تصحيح شمس الأئمة لا يكون حجة على غيره (قوله وهو المذکور في النوادر) أقول أي الاختلاف هو المذکور (قوله وقيل لاختلاف في هذه المسئلة الخ) أقول بل قوله كقولهما

وله على ما قاله البعض أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة وأبست تصحح إلى من خصم ولا يصير خصم فيه إلا بعد قيام العيب وإذا نكل عن اليمين عندهما بحلف ثانيا للرد على الوجه الذي قدمناه

البائع لا يبرئ نفسه من العيب إلا إذا باع المتفاوضان عبدا أو غاب أحدهما فادعى المشتري عيبا بحلف الحاضر على الجزم في نصيب نفسه وعلى العلم في نصيب الغائب مع ادعائه علم بذلك كما قلنا انتهى والوجه عندى أن يشكك ما نحن فيه على هاتين المستلتيين لا عكسه لأن نكاحه في نصفه على العلم وفي نصفه الآخر على البتات وهو واحد أعنى العيب في ذات واحدة هو المشكك فالوجه ما ذكرنا والمستلتيان مشككتان لأنه إن علم بالعيب كان علمه بالتسليم إلى النصفين أو جهله كان أيضا كذلك لأن يكون معنى المسئلة أن العبد كان عند كل من الشريكين مدة فيحلف هذا الوارث على البتات في مدته ما بقى عندى وعلى العلم في مدة شريكه ما علم أنه بقى عند شريكه فيمكن تجلها بذلك وعلى هذا فلو لم تكن إقامة العبد إلا عند هذا الشرىك لا يحلف إلا على البتات ويكتفى بذلك الآن هذا غير معلوم فيحلف كذا كروا ولو لم تكن إقامة العبد إلا عند الذى مات لا يحلف إلا على البتات لأن العقد اقتضى وصف السلامة وأعلم أن مما تطارحناه أنه لو لم يبق عند البائع وأبقى عند المشتري وكان أبقى عند آخر قبل هذا البائع ولا علم للبائع بذلك فادعى المشتري ذلك وأثبت برده به لأنه معيب والعقد أوجب على هذا البائع التسليم ولو لم يقدر على إثباته أنه أن يحلفه على العلم وكذا في كل عيب يرد به بكره (وجه قوله على) تقدر الخلاف وهو (ما قاله البعض أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليس تصحح الامن خصم ولا يصير خصم فيه إلا بعد قيام العيب) وإذا نكل البائع عن اليمين على وجود العيب عند المشتري (بحلف ثانيا للرد على الوجه الذي قدمناه) لأنه بنكوله أنزل مقر بوجود العيب عند المشتري فتوجهت الخصومة فيه فيحلف على أنه موجود

أعدها وسلمه ومابه هذا العيب لوهم تعلقه بالشرطين لأنه حينئذ يتعلق الخشب بقيام العيب في الحالين فإذا كان وقت التسليم ولم يكن وقت البيع لا يحتمل في دفع الرد بهما هذا التأويل فيتضرر به المشتري والاصح أن البائع لا يبرئ نفسه إلا إذا لم يكن العيب موجودا في البيع والتسليم أصلا لأنه ينفي العيب عند البيع وعند التسليم فيحتمل إذا لم يكن متعيبا في أحدهما في قوله لوهم إشارة إلى أن تأويل البائع ذلك في عينه هذه ليس بصحيح وإنما يحلف البائع على البتات والتخلف على فعل الغير وهو سرقة العبد أو أباقه وفي مثل ذلك التخلف على العلم لأنه استخلاف على فعل نفسه وهو تسليم المعقود عليه سلميا كما التزمه ولأن التخلف على فعل الغير إنما يكون على العلم إذا ادعى الذى يحلف أنه لا علم له بذلك أما إذا ادعى أنى علم بذلك فيحلف على البتات ألا ترى أن المودع إذا قال قبض المودع الودعة فالقول قول المودع ويحلف على البتات لادعائه العلم بذلك وإن كان القبض فعل المودع وكلاهما يبرئ العبد لو قال قبض الموكل ممن عبده بعه بحكم الوكالة فإنه يحلف على البتات لادعائه العلم بذلك وإن كان القبض فعلا لغيره قال القاضي الامام طهير الدين رحمه الله أنه لا يقوى المستلتيان أحدهما باع جلا من عبدا من آخر صفقة واحدة ثم مات أحدهما ورثه البائع الآخر ثم ادعى المتبائع عيبا فإنه يحلف في نصيبه بالجزم وفي نصيب مورثه بالعلم عند مجسده رحمه الله وإن كان يدعى العلم بانتفاء العيب زمان البيع وكذلك المتفاوضان إذا باع عبدا أو غاب أحدهما ثم ادعى المشتري عيبا يحلف الحاضر على نصيب نفسه على الجزم وفي نصيب الغير على العلم وإن ادعى أنى علم بذلك (قوله وله على ما قاله البعض أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة) والفرق لا يحرى فيه رحمه الله بين البينة والتخلف في أن العاخر عن اثبات العيب خصم في حق البينة دون التخلف لأن التخلف شرع لقطع الخصومة فكان مقتضى سابقه الخصومة ولن يكون المشتري خصما للبائع هنا إلا بعد اثبات قيام العيب في يد المشتري ولم يثبت ذلك فلا يكون خصما فلم يشرع التخلف لانتفاء موجه وهو قطع الخصومة وأما البينة فلا يثبت كونه خصما ألا ترى أن الرجل يقيم البينة على أنه وارث فلان أو وكيل فلان فإنه يصح (قوله على الوجه الذي قدمناه) أى على البتات بانه

ولا يحرى حنيفة على قول من يقول لا تحلف على مذهبه أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة ولا تصح المدعى إلا من خصم ولا يصير المدعى وهو المشتري ههنا خصما إلا بعد قيام العيب بالحجة الشرعية وقد عجز عنها ولا نسلم أن كل ما يترتب عليه البينة يترتب عليه التخلف فان دعوى الوكالة يترتب عليها البينة دون التخلف والبينة لا تستلزم المدعى فضلا عن صحته بل قد تقوم على ما لا دعوى فيه أصلا كما في الحدود بخلاف التخلف والفرق أن التخلف شرع لقطع الخصومة فكان مقتضى سابقه الخصم وأن يكون المشتري ههنا خصما إلا بعد اثبات قيام العيب في يده ولم يثبت كما تقدم وأما البينة ههنا فشرعية لا يثبت كونه خصما فلا تستلزم كونه خصما (وإذا نكل عن اليمين عندهما بحلف ثانيا للرد على الوجه الذي قدمناه) على ما تقدم

(قوله والفرق أن التخلف شرع لقطع الخصومة) أقول وكذلك البيئات فإذا كان لها حكم مخصوص ههنا فلم لا يجوز أن يكون للتخلف حكم كذلك

قال رضى الله عنه اذا كانت الدعوى في اباقي الكبير يحلف ما بقى من ذباغ مبالغ الرجال لان الابق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ

عنده الى آخر ما ذكرنا قوله الخلف يترتب على دعوى صحيحة قيل يفيد أن البينة لا يلزم ترتبها عليها بل تكون بلا دعوى أصلا في الحدود وكذا على أنه وكيل أو وارث ولا دعوى أصلا في دعوى غير صحيحة أولى وفي السكا في الأصح أنه لا يحلف لان التحليف شرع للرفع الخصوصة لا لاثباتها وهذا لو حلف البائع بحدوث يدها خصوصية أخرى ولا يخفى ضعف هذا الكلام فان توجه اليمين هو من الخصومة فبها تنتهي خصوصية لا تنفذ دفع وكثيرا ما يترتب خصوصيات بعضها على بعض يكون منتهى بعضها مبدأ أخرى وأما قوله في الوجه الخلف انما يترتب على دعوى صحيحة فنقول ان كان المراد بالصحة ما يستحق به الجواب فهو كذلك لانه اذا ادعى انه وجد عنده عيب في المبيع وقد وجد عند البائع فلا شك أن القاضي يطلب جوابه عنه ألا ترى الى قولهم فان اعترف ان الأمر كذلك رد عليه وان أنكر وجوده وعنده واعترف بوجوده عند المشتري فعلى المشتري البينة فان عجز عن الحلف الى آخره أو اعترف بوجوده وعنده وأنكر وجوده عند المشتري وكل ذلك فرع الزامه بالجواب باحد هذه غير أنهم لا يوجبون عليه اليمين على عدمه عنده حتى تثبت المقدمه الاولى وهو وجوده لان تحليفه على ذلك لا يفيد مقصود المشتري من الرد ان لم يثبت عوده عنده فلا يترتب عليه فائده الا بعده فوجب تقديمه وكذا لو كان العيب مما يكفي للرد وجوده عند البائع فقط كولد الجار يتوكله اولد زنا حلف عليه ابتداء غير متوقف على غير ذلك وبهذا ظهر أن لا فرق بين دعوى العيب ودعوى الدين في أن كلامهم ما يستدعي جوابا يليق بالحال وان تكلف الفرق مع ضعفه بناء على أن الخصومة هناك تحب قبل اثبات الدين وهذا لا تحب الا بعد اثبات العيب غلط وانما هذه خصوصية الغرض منها رد المبيع وتلك خصوصية الغرض منها رد الدين وكل منهما ما يستدعي الجواب فكأن له ان يجيب ههنا بانكار العيب عندهم أو اذ كان كذلك له أن يجيب بانكار الدين رأسا بمعنى أنه لم يثبت قط ثم كأن عليه أن يثبت دخول العيب في لوجوده بالبينة أو النكول كذلك عليه ان يثبت دخول الدين في الوجود كذلك واذا ثبت دخوله في الوجود طالب به برده اليه فكذلك في العيب يطالب به برد الثمن ورده فاذا تاملت لافرق والله أعلم فالوجه ما قلنا من الزام اليمين على العلم ونفي الخلاف كما ذكر البعض لانه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه المال فعليه اليمين لرجاء النكول وكونه بمجرد اليمين لا يثبت المال الا بعد عين أخرى على وجوده عند البائع لا يضر لانه اذا توقف ثبوت الحلف على أمرين لم يكن يمين اثبات كل منهما ثم قال المصنف رحمه الله (قال العبد الضعيف) يعني نفسه (اذا كانت الدعوى في اباقي) العبد (الكبير يحلف) البائع (ما بقى) عندي (من ذباغ مبالغ الرجال) لانه عساه أبق عنده في الصغر فقط ثم أبق عند المشتري بعد البلوغ وذلك لا يوجب الرد لاختلاف السبب على ما تقدم فلو أن هذا الخلف ما أبق عنده قط أضر ربا به وألزمناه ما يلزمه ولولم يحلف أصلا أضر ربا بالمشتري فيحلف كما ذكرنا وكذا في كل عيب يدعي ويختلف فيه الحال فيما قبل البلوغ وبعده بخلاف ما لا يختلف كالجنون وقد ظهر مما ذكرنا كيفية ترتيب الخصومة في عيب الابق ونحوه وهو كل عيب لا يعرف الا بالتجربة والاختبار كالسرقة والبول في الفراش والجنون والزنا وبقي أصناف أخرى ذكرها قاضيان هي مع ما ذكرنا ثمة أربعة أنواع الاول أن يكون عينا طاهر الا يحدث مثله أنه لامن وقت البيع الى وقت الخصومة كالا صبيغ الرائحة والعمى والناقصة والسن الشاعبة أي الزائدة فالقاضي فيها يقضي بالرد اذا طالب المشتري من غير تحليف للتيقن به في يد البائع والمشتري الا أن يدعي البائع رضاه به أو العلم به عند الشراء أو الإبراء منه فاذا ادعاه سأل المشتري فان اعترف امتنع الرد وان أنكر أقام البينة عليه فان عجز يستخلف ما علم به وقت البيع أو ما رضى ونحوه فان حلف رده وان نكل امتنع الرد والثاني أن يدعي عيبا طاهرا لا يعرفه الا

لقد باعه وسلمه وما أبق قط

قال المصنف (اذا كانت الدعوى في اباقي الكبير يحلف ما أبق من ذباغ مبالغ الرجال لان الابق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ) لما تقدم فلو حلف مطلقا كان ترك النظر في حق البائع لانه اذا أبق في يد المشتري بعد البلوغ وقد كان أبق عند البائع في حالة الصغر ومثل هذا الابق غير موجب للرد امتنع البائع عن اليمين حذرا عن اليمين الكاذبة فيقضى عليه بالرد لانه كوله ويتضرر به

(قوله لما بينا الى قوله بل ههنا أولى) أقول فيه مامل

وما تم قبضه الصفة لا تتم قبض بعضه ولو وقع على قبض الكل اذ ذلك فالتفرق قبل قبضهما (تفرق قبل التمام) وهو لا يجوز (المأذكرنا) يعني قبيل باب خيار العيب بقوله لان الصفة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله (وهذا) أي التفرق في القبض لا يجوز (لان لقبض شبه بالعقد) من حيث ان القبض يثبت ملك التصرف وملك اليد كان العقد يثبت ملك الرقبة والغرض من ملك الرقبة ملك التصرف وملك اليد (فالتفرق في القبض كالتفرق (٣٠) في العقد) ولو قال بعث منك هذين العبدين فقال قبلت أحدهما لم يصح فكذا هذا

فيكون تفرقه قبل التمام وتدركه وهذا لأن القبض له شبه بالعقد فالتفرق فيه كالتفرق في العقد ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه وروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه برده خاصة والأصح أنه يأخذهما أو بردهما لأن تمام الصفة تتعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فصارت كبس المبيع لما يتعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعه (ولو قبضهما ثم وجد بأحدهما عيبا برده خاصة) خلافا لفرهو يقول فيه تفرق الصفة ولا يعرى عن ضرر لان العادة تجتنب ضم الجسد الى الرديء

(فيكون) رد أحدهما وحده (تفرق بالصيغة قبل التمام وهذا) أي كون رد أحدهما بعد قبض أحدهما فقط تفرق بالصيغة قبل تمامها بناء على أن تفرقه قبل القبض كتفرقته في نفس العقد فيما إذا قال بعثكهما بالف فقال قبلت في هذا بخمسمائة وانما كان كذلك (لان القبض له شبه بالعقد) لانه يثبت ملك التصرف كما يثبت العقد ملك الرقبة ولانه أعني القبض مؤكدا لما أثبتته العقد حتى أن الشهود بالطلاق قبل الدخول اذ ارجعوا يضمنون نصف المهر لانه كان على شرف الزوال بنكيتها ابن الزوج ونحوه فالشهود بشهادتهم أكدوا الزومه وحقه وهو ما قبل في تمامه وحكم المشبه بحكم المشبه به فان الصلابة للنازل وعلى النجاسة حرام ولو صلى وبين يديه نارو بقر به نجاسة كان مكروها وليس تمثيلا لشيء فان الثابت الكراهة وانما يكون حكمه حكمه لو ثبت الحرمة هذا اذا كان العيب في غير المقبوض (فان وجد العيب في المقبوض اختلفوا فيه) روى عن أبي يوسف انه برده خاصة (لان الصيغة تامة في المقبوض) (والصحيح انه يأخذهما أو بردهما لان تمام الصيغة تتعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل) فسلم بقبض الكل لا تتم فيكون تفرقا قبل التمام (وصار) تمام الصيغة (كبس المبيع لما يتعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول) الحبس (دون قبض جميعه) حتى لو بقي من الثمن درهم كان له أن يمنع المبيع عليه ولو قال المشتري أنا أمسك العيب وأخذ النقصان ليس له ذلك (ذ) اما (لو) كان (قبضهما) أعني العبدان (ثم وجد بأحدهما عيبا) فان له أن (يرده خاصة) خلافا لفرهو يقول فيه (أي في رده وحده) (تفرق الصفة ولا يعرى عن ضرر لان العادة ضم الجسد الى الرديء) لترويح الرديء وفي الزامه المبيع وحده الزام هذا الضرر فاستوى ما قبل قبضهما

باب خيار العيب أن الصفة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله (قوله) وهذا لان القبض له شبه بالعقد) بوجهين أحدهما أن القبض يثبت ملك التصرف واليد كأن العقد يثبت ملك الرقبة والغرض من ملك الرقبة ملك التصرف واليد والثاني أن القبض مؤكدا لما أثبتته العقد ولنا كيد شبهه بالاجاب ألا ترى أن شهود الطلاق قبل الدخول اذ ارجعوا يضمنون نصف المهر لانه كان على شرف السقوط بنكيتها ابن الزوج فالشهود أكدوا نصف المهر على الزوج (قوله) وروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه برده خاصة) كانه جعل غير العيب بمعا المبيع حتى جعلهما مقبوضين (قوله) وصار كبس المبيع (لما يتعلق زوال الحبس المبيع باستيفاء الثمن لا يزول) الا بقبض الكل فكذلك تمام الصيغة لما يتعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فلم يقبض الكل لا تتم الصيغة على أن الصفة ان تهاهت فيما قبض لم تنهه فيما لم يقبض فدار التفرق بين الجواز وعدمه فلم يميز بالثبوت (قوله) ولو قبضهما ووجد بأحدهما عيبا برده خاصة) قيل هذا في شيئين يمكن افراد أحدهما بالانتفاع كالعبدان أما إذا لم يمكن كزوجهي الخلف ومصرع الباب فانه بردهما أو بمسكهما

قال (ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه) اذا وجد المشتري بالمقبوض عيبا قالوا في شروح الجامع الصغير اختلف المشايخ فيه وكلام المصنف يشير الى ان الاختلاف بين العلماء فانه قال (ويروى عن أبي يوسف انه برده خاصة) ووجه ان الصيغة تامة في حق المقبوض فيما انفرد اليه لا يلزم تفرق الصيغة (والأصح انه ليس له ذلك) لأن تمام الصيغة بقبض المبيع وهو اسم للكل فهو كبس المبيع لأجل الثمن فانه لا يزول بقبض بعض الثمن لتعلقه بالكل اعتبارا لاحد البدلين بالآخر (ولو قبضهما ثم وجد بأحدهما عيبا له أن برده خاصة) وقال زفر لا فرق بينه وبين ما تقدم لان فيه تفرق الصفة (ولا يعرى عن ضرر) العادة تجتنب ضم الجسد الى الرديء فاشبه ما قبل القبض بجماع دفع الضرر (وأشبه خيار الرؤية والشرط ولنا انه اذا قبضها جميعا فقد تمت الصفة والتفرق بعده غير ضار بخلاف خيار الرؤية والشرط فان الصيغة لا تتم بالقبض فيها على ما مر في

خيار الرؤية ان الصيغة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده وخيار العيب لا يمنع تمام الصيغة لوجود تمام الرضا فاشبه من المشتري عند القبض على صفة السلامة كما أوجبه العقد والاصل صفة السلامة فكانت الصيغة تامة بظاهر العقد وتضرر البائع انما يلزم من تدليس فلا يلزم المشتري لا يقال لو كان كذلك لزم التمسك من رد المبيع قبل قبضهما أيضا لوجود التدليس من لانه يستلزم التفرق قبل التمام وانه لا يجوز قبل هذا الاختلاف في شيئين يمكن افراد أحدهما بالانتفاع كالعبدان وأما إذا لم يمكن كزوجهي الخلف ومصرع الباب فانه بردهما

أو عكسهما حتى لو كان المبيع ثورين قد ألف أحدهما بالآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يمكن رد المبيع خاصة (قوله ولهاذا) أي ولان الصفة تتم بعد القبض ولا تتم قبله (لو استحق أحد العبدین) بعد قبضها (ليس للمشتري أن يرد الآخر) بل العقد لازم فيه لأنه تفريق بعد التمام (قال ومن اشترى شيئا بمالك أو وزن) تفريق الصفة لا يجوز إذا كان قبل القبض في سائر الاعيان وبعده يجوز في غير المكمل والموزون وأما فيهما فلا يجوز إذا كان الجنس واحدا سواء كان في وعاء واحد (٣١) أو في وعاءين على اختيار المشايخ وقبل

إذا كان في وعاءين فهو بمنزلة عبدین يجوز رد المبيع خاصة لأنه يرد على الوجه الذي خرج من ضمن البائع ووجه الاظهار انه اذا كان من جنس واحد فهو كشئ واحد سواء كان الأول فلائنه يسمى باسم واحد ككبر وقبض ونحوهما أو أما الثاني فلان المالة والتقوم بهما باعتبار الاجتماع لان الحبة بانفرادها ليست لها صفة التقوم ولهذا لا يجوز بيعها وجعل روية بعضها كروية كلها كالثوب الواحد وفي الثوب الواحد اذا وجد بعضه معيبا ليس له الورد السكك أو امساك لان رد الجزء المعيب فيه يستلزم شركة البائع والمشتري وهي في الاعيان المجتمعة عيب فرد المعيب خاصة رد بعيب زائد وليس له ذلك فان قيل لو كان كذلك وجب أن يكون له رد الباقي اذا استحق البعض بعد القبض كافي الثوب الواحد وهو باطل بالاجماع فالجواب انه على احسنى الروايتين عن أبي حنيفة ساقط وعلى الاخرى انما يلزم العقد في الباقي ولم يبق له خيار الرد فيه

فأشبه ما قبل القبض وخيار الرؤية والشرط ولنا أنه تفريق الصفة بعد التمام لأن بالقبض تتم الصفة في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط لا تتم به على ما مر ولهذا لو استحق أحدهما ليس له أن يرد الآخر (قال ومن اشترى شيئا بمالك أو وزن فوجد به عيبا رده كله) ومراده بعد القبض

ومابعده في تحقق المانع من رده وحده (وأشبه خيار الشرط والرؤية) في أن الصفة لا تتم اذا كان فيها أحد الخيارين هكذا ذكر خلاف زفر في المبسوط وغيره وقال القدوري في التقریب قال اصحابنا اذا اشترى عبدین صفقة فوجد باحدهما عيبا بعد القبض رده خاصة وان كان قبل القبض ردهما وقال زفر رد المبيع في الوجهين لان العقد صح فيهما والعيب وجد باحدهما فصار كبا بعد القبض وذكر صاحب المختلف والمظومة مثل ما ذكر القدوري على خلاف ما ذكر المصنف وشمس الأئمة وهو محمول على اختلاف الرواية عن زفر (ولنا انه تفريق الصفة بعد التمام لان بالقبض يتم في خيار العيب بخلاف خيار الرؤية والشرط) والتفريق بعد التمام جائز شرعا بدليل انه (لو استحق أحدهما) بعد القبض (ليس له أن يرد الآخر) بل يرجع بحصة المستحق على البائع مع انه تفريق الصفة على المشتري والضرر الذي لزم البائع جاء من تدليسه بما قدمنا من أن الظاهر ان البائع عالم بحال المبيع وصار كالمسمى لكل واحد منهما بشرط الخيار في أحدهما لنفسه ثم هذا فيما يمكن فرد أحدهما دون الآخر في الانتفاع كالعبدین اما إذا لم يكن في العادة كغنلين أو خفین أو مصراع باب فوجد باحدهما عيبا فانه ردهما أو عكسهما بالاجماع لانهما في المعنى والمنفعة كشئ واحد والمعتبر هو المعنى وفي الايضاح والفوائد الظهيرية ولهذا قال مشايخنا لو اشترى زوج ثوبا وقبضه ما تم وجد باحدهما عيبا وقد ألف أحدهما الآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يمكن رد المبيع خاصة (قوله ومن اشترى شيئا بمالك) كالحنطة والتمر (أو وزن) كالسمن والزعفران وغير ذلك (فوجد به عيبا رده كله أو أخذ رده) اذا كان الاطلاع على العيب (بعد القبض) أما لو كان قبله فلا فرق بين المكمل والموزون وغيرهما كالثياب والعبدین أنه يرد الكل أو يحبس الكل بخلاف ما بعد القبض فانه يجوز رد المعيب خاصة في غير المكمل والموزون دونهما وانما قلنا بعد القبض يرد الكل (لان المكمل اذا كان من

حتى قال مشايخنا اذا اشترى زوج ثور فقبضهما فوجد باحدهما عيبا وقد ألف أحدهما الآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يمكن رد المبيع خاصة (قوله على ما مر) اشارة الى ما ذكر في خيار الرؤية بقوله لان الصفة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده وما ذكره بعد بخطوط بخلاف خيار العيب لان الصفة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كان لا تتم قبله (قوله ولهذا لو استحق أحدهما) أي ولان الاستحقاق لا يمنع تمام الصفة ولو استحق أحدهما بعد قبضها ليس له أن يرد الآخر بل يلزم العقد على المشتري في الآخر ولو استحق أحدهما قبل القبض له أن يرد الآخر لتفريق الصفة فيه قبل التمام وبهذا استدلل على أن تفريق الصفة بعد القبض جائز وان كان لا يجوز قبل القبض في صورة الاستحقاق فيجب أن يكون في خيار العيب كذلك وهو أن يجوز بعد القبض لا قبله بخلاف خيار الرؤية والشرط لان الصفة لا تتم بقبض المعيب لان تمامها يتعلق بتمام الرضا ولم يوجد وضرر البائع من قبل تدليسه فلا يعتبر في حق المشتري وذكر في المختلف اذا اشترى عبدین ووجد باحدهما عيبا قبل القبض رده بحصته من الثمن عند زفر رحمه الله كالموجود

لانه لا يضره التبعض لان استحقاق البعض لا يوجب عيبا في المستحق وغيره لانهما في المالة سواء والاتفاق بالباقي يمكن وما لا يوجب عيبا في المالة وانتفاع لا يوجب ضرر بخلاف ما لو وجد بالبعض عيبا وميزه ليرده لان تميز المعيب من غير المعيب يوجب زيادة عيب بخلاف الثوب الواحد فان

قال المصنف (ومراده بعد القبض) أقول أما قبل القبض فالحكم في غير المثلي والموزون أيضا كذلك قال المصنف (وقيل هذا اذا كان في وعاء واحد) أقول اختار هذا القول في فتاوى قاضين ولم يذكر غيره (قوله لان الجزء المعيب) أقول فيه بحث

لان المكيال اذا كان من جنس واحد فهو كشئ واحد لا يرى أنه يسمى باسم واحد وهو الكبر ونحوه وقيل
هذا اذا كان في وعاء واحد فاذا كان في وعاءين فهو بمنزلة عبيدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون
الآخر (ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي) لانه لا يضره التبعض

جنس واحد) كالخنطة أو الشعير (فهو كشئ واحد) فان الانتفاع والتقوم لا يتحقق بآحاد حبات القمح
منفردة بل بجمعة فكانت الآحاد المتعددة منها كالشئ الواحد ثوب أو بساط ونحوه (الترى انه يسمى)
المتعدد منه المجمع (باسم واحد كالسكر) والسوق والصبرة فلا يمكن من رد البعض خاصة كماله يمكن من
رد بعض الثوب بخلاف الثوبين والعبدان فانه بعد قبضهما يرد المبيع خاصة لانهم ما شئان حقيقة وتقوم
وانتفاعلا بوجوب افراد أحدهما عن الآخر عينا حاد نافية (قيل هذا) يعني كونه يرد الكل (اذا كان في
وعاء واحد) أما (لو كان في وعاءين) كما اذا اشترى عدلي خنطة صفة فوجد باحدهما عيبا فانه يرد ذلك العدل
خاصة كما ذكره نضر الاسلام قال لان تميز المبيع من غيره بوجوب زيادة عيب في المبيع فانه اذا كان مختلطا
بالجيد يكون أخف عيبا مما اذا انفرد فلوردد كان مع عيب حادث عند المشتري بخلاف ما اذا كان في وعاءين
فرد أحدهما بعينه فانه لا يوجب زيادة عيب قال القبة أبو الليث هذا التأويل يصح على قول محمد خاصة
واحدى الروايتين عن أبي يوسف لا على قول أبي حنيفة فانه روى الحسن عن أبي حنيفة في المجرى رجل
لو اشترى اعدا الامن ثم فوجدهما معا فاما ان كان التمر كله من جنس واحد ليس له أن يرد المبيع خاصة
لان التمر اذا كان من جنس فهو بمنزلة شئ واحد وليس له أن يرد بعضه دون بعض وذلك لان التمر اذا كان
ابن الوليد لو اشترى زقين من سمن أو سلتين من زعفران أو حلين من القطن أو الشعير وقبض الجميع له رد
المبيع خاصة الا أن يكون هذا والاخر سواء فلما أن رده كله أو يترك كله فقد رأيت كيف جعل التمر اجناسا
مع أن السكك جنس التمر فعلى هذا يتقيد الاطلاق أيضا في نحو الخنطة فانها تكون صعيدية وبحرية وهما
جنسان يتفاوتان في الثمن والخبث ويتقيد الاطلاق في الاسلام ان في الاعمال يرد المبيع خاصة بان ذلك اذا
كان باقى الاعمال من غير ذلك الجنس مما هو مندرج تحت مطلق جنسه بان يكون بعض الاعمال رتبيا
وبعضها البانية فيرد ذلك خاصة اذا كان الاعمال من جنس واحد بان يكون كاهبرنيا أو صيهاانيا أو لبانة
أو عراقة فيرد الكل والصبرة كالعدل الواحد وان كثرت لجرى بان ما ذكرنا من وجه منع رد المبيع وحده
فيها (قوله ولو استحق بعضه) أى بعض المكيال أو الموزون (فلا خيار للمشتري في رد ما بقي بل يلزمه أن لا يرد)
وروى عن أبي حنيفة أن له رد دفع الضرر مؤنة القسمة (وجه الظاهر أنه لا يضره التبعض) لاني

التبعض يضره والشركة
عيب فيه زائد فلم يبق الاراد
الكل أو امساكه

به عيبا بعد القبض فانه يرد خاصة فكذلك قبل القبض فهذا يخالف ما ذكرهنا (قوله لان المكيال اذا كان
من جنس واحد فهو كشئ واحد) لان المالكية والتقوم في المكيلات والموزونات باعتبار الاجتماع فالجبة
الواحدة ليست بتقومة حتى لا يصح بيعها واذا كانت المالكية والقابلية للبيع بالاجتماع صار السكك في حق
البيع كشئ واحد ولهذا يسمى باسم واحد وهو الكبر ونحوه فان قيل لو كان المكيال والموزون كشئ
واحد كالثوب والعبد مثلا كان له حق الرد فيما اذا استحق بعضه بعد القبض قلنا في استحقاق القبض بعد
القبض عن أبي حنيفة وجه الله وابتان والفرق على احدهما أن استحقاق البعض لا يوجب عيبا في الباقي
بخلاف ما لو وجد بالبعض عيبا وميزه ليرده لان تميز المبيع عن غير المبيع بوجوب زيادة عيب ولا فرق بين
ما اذا كان السكك في وعاء واحد أو في أوعية عند البعض وقيل هذا اذا كان السكك في وعاء واحد أما اذا كان
في وعاءين فهو كعبدين حتى يرد الوعاءين المبيع دون الآخر وحكى عن الغسقية أبي جعفر وجهه انه قال
ما ذكر من الجواب محمول على ما اذا كان السكك في وعاء واحد أما اذا كان في أوعية مختلفة ففي رد وعاء
واحد عيبا يرد ذلك وحده بمنزلة الثوبين وكان يغني به ويرغم أنه روى عن أصحابنا وجهه انه وقالوا لا فرق بين
ما اذا كان في وعاء واحد أو أوعية ليس له أن يرد البعض بالمبيع والاطلاق محذور عنه في الكتاب يدل عليه

(قوله والاستحقاق يجوز أن يكون جواب سؤال) تقريره انتفاء الخيار في رد ما بقي يستلزم تفريق الصفقة قبل التمام لان تمامها بالرضا والمستحق لم يكن راضيا ولو توهم ان الاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضا العاقد لا برضا المالك لان العقد حق العاقد فتمامه يستلزم تمام رضاه وبالاستحقاق لا ينعقد ذلك وهذا قلنا في الصرف والسلم اذا أجاز المستحق بعدما افتراق بقى العقد صححنا فعمل ان تمام العقد يستلزم تمام رضا العاقد لا المالك (وهذا) أى كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد اذا كان بعد القبض وأما اذا كان قبله فله أن يرد الباقي لتفريق الصفقة قبل التمام وهذا يرشدك الى أن تمام الصفقة يحتاج الى رضا العاقد وقبض المبيع وانتفاء (٣٣) أحدهما يوجب عدم تمامها وان كان المبيع ثوبا واحدا وقد قبضه المشتري ثم استحق بعض الثوب فله المشتري الخيار في رد ما بقي لان التقصيص في الثوب عيب لانه يضر في ماله والانتفاع به فان قيل حدث بالاستحقاق عيب جديد في يد المشتري ومثله يمنع الرد بالعيب أجاب المصنف بقوله (وقد كان وقت البيع) يعني انه ليس بحدث في يده بل كان في يد البائع حيث ظهر الاستحقاق فلا يكون مانعا بخلاف المكيل والموزون فان التقصيص ليس بعيب فيهما حيث لا يضر وزنهما لكام المصنف تجد حكم العيب والاستحقاق سببين قبل القبض في جميع الصور أعنى فيما يكال أو يوزن أو يغيرهما أما العيب فظاهر وأما الاستحقاق فقلوه أما اذا كان ذلك قبل القبض ليس له أن يرد الباقي لتفريق الصفقة قبل التمام وتجد حكمهما بعد القبض كذلك الا في المكيل والموزون لانه ذكر في الغديين ولهذا

والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضا العاقد لا برضا المالك وهذا اذا كان بعد القبض أما لو كان قبل القبض فله أن رد ما بقي لتفريق الصفقة قبل التمام قال (وان كان ثوبا فله الخيار) لان التقصيص فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون (قال ومن اشترى جارية فوجد بها قرحافا أو كانت دابة فركبها في حاجة فهو رضا) لان ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار

القيمة ولا في المنفعة أما في القيمة فان المدمن القمح يباع على وزن ما يباع به الاردب والغرارة وأما في المنفعة فظاهر فلا يضر به بخلاف غيره فانه ان كان مما يفصل يصير معيبا بتبعيه فان الفضلة من الثوب كالذراع اذا نودي عليه في السوق لا تبلغ قيمة متصلا بباقي الثوب وان كان مما لا يفصل كالعبد يصير معيبا بعيب الشركة بخلاف المكيل لا يعيب بالشركة فانهما ان شأنا اقتسماهما في الحال وانتفع كل بنصيبه كما يجب ومؤنة القسمة خفيفة وقد تكون تكيل عبدهما وغلاهما (وقوله والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة) جواب عن سؤال هو أنه ينبغي أن يكون له رد ما بقي في صورة الاستحقاق كي لا يلزم تفريق الصفقة على المشتري للمستحق عليه فأجاب بأن تفريق الصفقة انما يمنع قبل التمام لا بعده وقد تحقق تمام هذه الصفقة حيث تحقق القبض ولم يظهر به ذلك الا بالاستحقاق والاستحقاق لا يمنع تمامها (لان تمامها برضا العاقد) وقد تحقق (لارضا المالك) يعني المستحق ولذا قلنا اذا أجاز المستحق لبدل الصرف ورأس مال السلم عد افتراق العاقدين يبقى العقد صححا فعلم ان تمام العقد يستلزم تمام رضا العاقد لا المالك وقوله (وهذا) أى كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد اذا كان بعد القبض أما اذا كان قبل القبض فله أن يرد الباقي لتفريق الصفقة عليه (قبل التمام) لان تمامها بعد الرضا بالقبض (ولو كان) المستحق (ثوبا) ونحوه كعدد وكاب (فله الخيار لان التقصيص في الثوب عيب) والشركة في العبد عيب فله الخيار بين رد السك أو بقاءه شريكا ليقال ينبغي أن لا يثبت له خيار رد السك لانه حدث عنده عيب بالاستحقاق وأجاب بقوله (وقد كان) الى آخره أى هذا العيب أعنى عيب الشركة كان ثابتا (وقت البيع) وانما تأخر ظهوره والظهور رفرع سابقة الثبوت فلم يحدث العيب عند المشتري بل ظهر عنده فلم يمنع الرد بخلاف تميز الجدي من الردي في المكيل اذا كان في وعاء واحد أو كان صبرة فانه عيب حدث عنده فلا يمكنه الرد السك (قوله ومن اشترى جارية فوجد بها قرحافا) ونحوه من مرض أو عرض فداها (أو كانت دابة فركبها في حاجة لنفسه) وفي بعض النسخ حاجته فهو رضا لان ذلك دليل قصده الاستبقاء (بخلاف خيار

وبه كان يقول شمس الأئمة السرخسي (قوله والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة) هذا جواب اشكال وهو ان يقال ينبغي أن يكون له الخيار في رد ما بقي كي لا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام فاجاب رحمه الله وقال لا يلزم ذلك لان لازم باعتبار الاستحقاق وأنه لا يمنع تمام الصفقة الى آخر ما ذكر في الكتاب (قوله وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق) أى أن عيب الشركة في ذلك الثوب لم يحدث في يد المشتري بل كان في يد البائع حيث ظهر الاستحقاق فذلك كان للمشتري أن يرده (قوله لان ذلك دليل قصده الاستبقاء) أى

(٥ -) (فخ القدر والكفاية - سادس) لو استحق أحدهما ليس له أن يرد الآخر وقال في المكيل والموزون رده كله أو أخذ ومرا دة بعد القبض ثم قال ولو استحق البعض لا خيار له في رد ما بقي قال (ومن اشترى جارية فوجد بها قرحافا أو المشتري) جرح الحارة المشتراة وكوب الدابة في حاجته عذر رضا العيب لان ذلك دليل قصده الاستبقاء لان المسد أو إزالة العيب وهي تمنع الرد لان نقضه وهو قيام العيب شرط التمكن من الرد فكانت دليل قصده الاستبقاء ودليل انشئ في الامور الباطنة يقوم مقامه فلا يمكن من الرد بذلك العيب وله فلاك يعيب آخر لان الرضا بعيب لا يستلزم رضاه بغيره وكذلك الر كوب حاجته بخلاف خيار الشرط لانه لا لا اختيارا ولا اختيارا بالر كوب فلا يكون ميسرطا

الشرط لان الخيار هناك للاختبار وأنه بالاستعمال فلا يكون الركوب مسقطاً (وان ركبها ليردها على بائعها أو ليسقطها أو ليستري لها علماً فليس برضا) أما الركوب للرد فلانه سبب الرد والجواب في السقي واشتراء العلف محمول على ما اذا كان لا يجذب منه ما يصعب عنها أو ليجزئه أو لا يكون العلف في عدل واحد أو ما اذا كان يجذب منه لانه عدم ما ذكرناه يكون رضا قال (ومن اشترى عبداً قد سرق ولم يعلم به

(وان ركبها ليردها على بائعها أو ليسقطها أو ليستري لها علماً فليس بذلك برضا) أما الركوب للرد فلا فرق فيه بين أن يكون له منه بد أو لا في الركوب بضبط الدابة وهو أحفظ لها من حدوث عيب آخر وأما للسقي والعلف فيحصل على ما إذا لم يجذب منه بدا لصعوبة الدابة لكونها شموسا أو ليجزئه عن المشي لضعف أو كبر أو لا يكون العلف في عدل واحد أو ما إذا وجد منه بد لانه عدم الاولين أو لا يكون العلف في عدلين وركب كان الركوب رضا لان جملته حيث ذكرنا بدون الركوب قال (ومن اشترى عبداً قد سرق ولم يعلم به الخ) رجل اشترى عبداً قد سرق ولم يعلم به المشتري لا وقت العقد ولا وقت القبض فقطع عنده فله أن يرده أو يأخذ الثمن كله وله أن يسكه ويرجع بنصف الثمن عند أبي حنيفة وقال انه يقوم سارقاً وغير سارق فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن

الشرط) اذ ركبه فيه مرة لحاجة نفسه أو لبس الثوب مرة لا يكون مسقطاً للخيار (لان ذلك) الخيار (للاختبار وهو بالاستعمال فلا يكون ركوبه) لحاجته مرة أو الاستخدام مرة (مسقطاً) له فصار جنس هذه المسائل ان كل تصرف من المشتري يدل على الرضا بالعيب بعد العلم به يمنع الرد والارش فن ذلك العرض على البيع والاجارة واللبس والركوب لحاجته والمداواة والذهن والكتابة والاستخدام ولو مرة بعد العلم بالعيب بخلاف خيار الشرط فانه لا يسقط الا بالمرة الثانية لان الاولى للاختبار الذي لاجله شرع الخيار فلم تكن الاولى دليل الرضا أما خيار العيب فشرعيته للرد دليل المشتري الى رأس ماله اذا عجز عن وصول الجزء الغائب اليه فبالمرة الاولى فيه لا يصرفها عن كونها دليل الرضا صارف هذا بالاتفاق انما الخلاف فيما اذا أخر الرد مع القدرة عليه بالتراضي أو بالخصومة بان كان هناك حاكم فلم يفعل ولم يفعل ما يدل على الرضا فعندنا لا يبطل خيار الرد منه وعند الشافعي يبطل والتقييد بحاجته لانه (لو ركبها ليسقطها أو يردها على بائعها أو يشتري لها علماً فليس برضا) وله الرد بعد ذلك (أما الركوب للرد فانه سبب الرد) فانه لو لم يركبها احتاج الى سوقها فربما لا تنقاد أو تتلف مالا في الطريق للناس ولا يحفظها عن ذلك الا الركوب (والجواب في السقي وشراء العلف محمول على حاجته) الى ذلك فهو حالها قد تكون صعبة ففي قودها ليسقطها أو ليحملك عليها علماً فاما ما ذكرناه مع كونه قد يكون عاجزاً عن المشي (أو لا يكون العلف في عدل واحد) فلا يشك من جملها عليها الا اذا كان ركباً وتقييده بعدل واحد لانه لو كان في عدلين فركبها يكون الركوب برضا ذكره فاضحيان وغيره ولا يخفى أن الاحتمالات التي ذكرنا في ركوبها للسقي انها لا تمنع الرد معها تجزئاً فيما اذا كان العلف في عدلين ثم ركبها فلا ينبغي أن يطلق امتناع الرد اذا كان العلف في عدلين ولو اختلفا فقال البائع ركبها لحاجة بنفسك وقال المشتري لاردها عليك فالقول قول المشتري فأما لو قال البائع ركبها للسقي بلا حاجة لانها تنقاد وهي ذلول ينبغي أن يسمع قول المشتري لان الظاهر ان المسووع للركوب بلا ابطال حق الرد خوفاً للمشتري من شيء مما ذكرنا لا حقيقة الجرح والصعوبة والناس يختلفون في تحيل أسباب الخوف فرب رجل لا يخاطر بخاطره شيء من تلك الأسباب وآخر بخلافه نعم لو حمل عليها علماً غيرها كان رضا ركبها أو لو لم يركبها * (فرع) * وجد بالدابة عيباً في السفر وهو يخاف على جملته حملها ويرد بعد انقضاء سفره وهو معذور (قوله) ومن اشترى عبداً قد سرق عند البائع وعلى ما ذكرنا مما وقع في المطارحة لا فرق بين أن يسرق عند البائع أو غيره (ولم يعلم) المشتري (به) أي بفعله في ملكه لان المداواة لازالة العيب وفيما العيب لا يمنع الرد بل هو شرط التمكن من الرد فكانت المداواة دليل الامسك ودليل الرضا بالعيب (قوله) لان الخيار هناك للاختبار) يعني أن خيار الشرط انما شرع للاختبار والركوب مرة يحتاج اليه لذلك فلو جعل اختيار المالك لغات فائدة خيار الشرط أما خيار العيب انما شرع ليصل الى رأس ماله عند عجزه عن الوصول الى الجزء الغائب فيندفع الضرر فلم يكن هذا التصرف في خيار العيب محتاجاً اليه وأنه تصرف لا يحل بدون الملك فجعل دليل الرضا (قوله) وان ركبها ليردها ذكر الامام الترمذي رحمه الله وان ركبها ليردها على البائع فليس برضا سواء كان منه بد أو لا وان ركبها ليسقطها فان كان منه بد فهو رضا وان لم يكن منه بد فهو رضا وان كان جرحاً أو ليجزئه عن المشي فليس برضا ولو اختلفا فقال البائع ركبها لحاجتك وقال المشتري بل لاردها عليك فالقول قول المشتري وفي الكافي وقيل وتاويله اذ لم يمكنه الرد والسقي واشتراء العلف الا بالركوب (قوله) فلانه سبب الرد فيكون مقضياً اليه ومقرراً له ولا كذلك الركوب لسقي واشتراء العلف (قوله) ومن اشترى عبداً قد سرق ولم يعلم به) أي لا وقت

وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب كان في يد البائع من القتل العمد والردة لهما ان الموجد (٣٥) في يد البائع سبب القتل أو القتل وهو لا ينافي المالية الا ترى

انه لو مات تقرر الثمن على المشتري وتصرف فيه نافذ فتكون المالية باقية فينفذ العقد فيه لانه يعتمدها لكنه متعيب فيرجع

السرقه لا وقت البيع ولا وقت القبض وستأتي فائدة هذا القيد (فقط عند المشتري فله أن يردّه) على بائعه (ويأخذ الثمن) كله منه (عند أبي حنيفة) هكذا في عامة شروح الجامع الصغير وفي روايات المبسوط يرجع بنصف الثمن ووفق بما ذكرنا في المبسوط حيث قال وعند أبي حنيفة يرجع بنصف الثمن بان القطع كان مستحقا بسبب كان عند البائع واليد من الأذى نصفه فينتقض قبض المشتري في النصف فيثبت للمشتري الخيار ان شاء يرجع بنصف الثمن وان شاء رد ما بقي ورجع بجميع الثمن كالموكل قطعت يده عند البائع ولما ثبت الخيار بين رده وامساكه كان قول من قال يأخذ الثمن كله منصرفا إلى اختياره رد العبد المقطوع وقول من قال يرجع بنصف الثمن منصرفا إلى اختياره امساكه وفي شرح الطحاوي للاستيعاب لو قطعت يده بعد القبض إلى آخر الصورة ان شاء رضى بالعبد الا قطع بنصف الثمن وان شاء ترك وفي قول أبي يوسف ومحمد لا يردّه ولكنه يرجع بنقصان العيب بان يقوم عبدا وجب عليه القطع وعبد الم يجب عليه القطع ويرجع بأزاء النقصان من الثمن الا اذا رضى البائع أن يردّه فيردّه ويرجع بجميع الثمن وحينئذ فلا يخفى ما في نقل المختصر في جواب المسئلة كالمصنف ان له أن يردّه ويرجع بالكل وما في نقل المؤلف والمختلف فيما اذا قطعت يده عند المشتري بسرقه عند البائع انه يرجع بنصف الثمن من الايقاع في الالباس واقرّب ما يظن مخرجار وايتان عنه لولا ما ظهر من الجواب الفصل ابتداء كما ذكرنا عبارة الهداية أخف فانه قال فله أن يردّه أو يأخذ الثمن فانها لا تمنع ان له شيئا آخر لكن لا يجوز الاقتصار على هذا اذا كان ماله من الاثر المسكوت عنه متفقا عليه فاقصر على محل الخلاف لكن الغرض ان الخلاف ثابت في الاثر وهو اذا أمسكه فانه يأخذ النصف عنده وعنده ما لا يرجع بالنقصان ويمسكه (وقوله وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد عند البائع) من قتل عبدا أو رده ونحو ذلك يعني قتل عند المشتري يرجع بكل الثمن حتما وعندهما يقوم خلال الدم وحرامه فيرجع بمثل نسبة التفاوت بين القيمتين من الثمن قال المصنف (فالحاصل انه) أي القطع والقتل أي ثبوته في العبد (بمنزلة الاستحقاق) ولو استحق كله يرجع بالكل أو نصفه كان بالخيار بين أن يرد الباقي ويرجع بالكل وبين أن يرجع بنصف الثمن ويمسك النصف فكذا هنا (وعندهما) ذلك (بمنزلة العيب) وفي المبسوط فان مات العبد من ذلك القطع قبل أن يردّه لم يرجع الا بنصف الثمن لان النفس ما كانت مستحققة في يد البائع لينتقض قبض المشتري في النصف (لهما أن الموجد عند البائع سبب القتل والقطع) وثبوت سبب ذلك لا ينافي مالية العبد ولذا صح بيعه وعتقه ولو مات كان الثمن مقررا على المشتري وليس لولي القصاص حق في ماليته ولذا لو كان ولي القصاص يابى شراء المشتري اياه صح شراؤه ولو كان له حق في ماليته لم يصح كالأبي المرتضى يبيع عبد الرهن لم يصح لتعلق حق المرتضى بالمالية فعرف ان استحقاق العقوبة متعلق بأدميته لا بجاليته والاستحقاق باعتبار المالية بالقتل وهو فعل أنشأه المشتري باختياره في النفس بعد الشراء ولا وقت القبض فقطع عند المشتري له أن يردّه ويأخذ الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله وفي الجامع الصغير للإمام الترمذي رحمه الله يرجع بنصف الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله وهكذا ذكر في بعض المواضع من المبسوط والتوفيق بينهما هو ما ذكر في المبسوط ان قطع اليد كان مستحقا عليه بسبب كان عند البائع واليد من الأذى نصفه فينتقض قبض المشتري في النصف فيكون للمشتري الخيار ان شاء يرجع بنصف الثمن عليه وان شاء رد ما بقي ورجع بجميع الثمن على البائع كالموكل قطعت يده عند البائع (وقوله وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد في يد البائع) نحو القتل العمد والردة (وقوله وأنه لا ينافي المالية) ولهذا يجوز بيعه وينقل بالقبض إلى ضمان المشتري حتى لو مات قبل القطع والقتل كان الثمن على المشتري (وقوله العبد عند الغاصب بجلاء فردّه على المولى فاقص منه في يده فان الغاصب يضمن قيمته كالموكل في يد الغاصب والجواب عن مسئلة الجمل انها

بمنعصانه عند تعذر رده وصار كما اذا اشترى جارية حاملا فسات في يده بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله أن سبب الوجوب في يد البائع والوجوب يفضى الى الوجوب فيكون الوجوب مضافا الى السبب السابق وصار كما اذا قتل المغصوب أو قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وما ذكر من المسئلة ممنوعة

مادخل في ضمان المشتري وبه لا ينتقض قبض المشتري لانه يتعلق بالمال المبسوع وينتقض باخذ المستحق له لانه فيه من حيث هو مال فكان استيفاء العقوبة عيبا حاد في يده فذبح الرد فيرجع بالنقصان (وصار كما اذا اشترى حاملا) لا يعلم حملها وقت الشراء ولا وقت القبض (فسات) عنده (بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا وغير حامل) ولغظة الى في قوله الى غير حامل ليس لها موقع (وله ان سبب وجوب القطع والقتل) وجد في يد البائع والوجوب يفضى الى الوجوب فيكون الوجوب مضافا الى سبب (القطع والقتل وهو سرقة السكينة في يد البائع وقتله فصار موته مضافا اليه وقطعه وصار كانه قطع أو قتل عند البائع الذي عنده السبب وصار كالعبد المغصوب اذا رده الغاصب على مالكه بعد ما جنى عندا الغاصب فقتل عند المالك بها أو قطع فانه يرجع على الغاصب بنسب قيمته أو نصفها كالموت قتل عند الغاصب بجميع استنادا الى وجوب سبب الوجوب السكينة عند الاول واذا كان كذلك فينتقض قبضه كافي الاستحقاق وصار سبب السبب بمنزلة علة العلة لغوات المالية فكان المستحق به كانه المالية الا انه لا يظهر أن ذلك الابحثة فعل الاستيفاء وقوله لا يتم في حق ذلك فتبقى المالية فيصير البيع ونحوه فاما اذا قتل فقد تم حينئذ الاستحقاق وبطلت المالية فظهر أثره في نقض القبض فيرجع كذا كرنا (وما ذكر من المسئلة) موت الحامل (ممنوعة) على قول أبي حنيفة بل يرجع على قوله بكل الثمن قاله القاضي يان أوزيد ونفر الدين فاصبحان وجه الله تعالى وان لم يذكر الخلاف في كتاب البيوع من الاصل استدلالا بما ذكر في الجامع الصغير في الامانة المغصوبة اذا حبلت عند الغاصب ثم ودت فولدت في يد المالك وماتت له أن يضمن الغاصب جميع قيمتها فكذا ذلك هنا عنده واقصر المصنف عليه وان سلمنا فنقول الموجد في يد البائع العلق وانما وجب انفصال الولد لا الهلاك ولا يفضى اليه غالب الغالب السلامة فليس هنا وجوب يفضى الى الوجوب فهو نظير موت الزاني من الجلبد بخلاف مسئلة الغصب لان الرد لم يصح لان شرط صحته أن يردها كما أخذها ولم ير جده فصار كما لو هلك في يد الغاصب وهنا الجلب لا يمنع من التسليم الى المشتري ثم ان تلف بعد ذلك بسبب كان الهلاك به مستحقا عند البائع فينتقض قبض المشتري فيه وان لم يكن مستحقا لا ينتقض ونفوض بمسائل الاولى اذا اشترى جارية بمجموعة فلم يردها حتى ماتت عنده بالحمل لا يضاف الى السبب السابق حتى لا يرجع بكل الثمن بل بالنقصان مع ان موتها بسبب الحمل التي كانت عند البائع ونائبها اذا قطع البائع أو غيره يد العبد ثم باعه ولم يعلم به المشتري فسات العبد منه عند المشتري يرجع بالنقصان لا بالثمن ونائبها اذا زوج أمته البكر ثم باعها وقبضها المشتري ولم يعلم بالنسكاح ثم وطئ الزوج لا يرجع بنقصان البكره وان كان زوال البكره بسبب كان عند البائع ورأى جهالو زنى العبد عند البائع فخلد في يد المشتري فسات منه لا يرجع على البائع بالثمن وان كان موته بسبب كان عند البائع وخامسها لو سرق عند البائع فقتلته يد المشتري فسرى القطع فسات يرجع بنصف الثمن لا بكاه وان كان موته

عند تعذر رده) أما تعذر الرد في القتل فظاهر وأما في القطع فانه وجد في يد المشتري وهو عيب حادث فلا رده الا أن يرضى البائع (قوله مضافا الى السبب السابق) وهذا لان السبب الموجد عند البائع أو وجب استحقاق الفعل واستحقاقه أو وجب وجوده وجوده أو وجب فوته فصار ذلك مضافا اليه بهذه الوسائط كما في شراء القرية والدليل على أن نسبة التلف الى سبب الاستحقاق واجبة وأن المحل بحكم الاستحقاق يصير كالتلف أنه لو حصل سبب استحقاق التلف في المغصوب في ضمان الغاصب فردده على المالك ثم قتل أو قطع بناء على ذلك السبب يرجع المالك بكل القيمة أو بنصف القيمة على الغاصب (قوله وما ذكر من المسئلة ممنوعة) أي

ممنوعة فان ذلك قولهما أو أما على قول أبي حنيفة فالمشتري يرجع على البائع بكل الثمن اذا ماتت من الولادة كما هو مذهبه فيما اذا اقتص من العبد المشتري ولئن سلمنا فنقول ثم سبب الموت هو المرض المتلف وهو حصل عند المشتري وعن قولهما سبب القتل لا ينافي المالية بانه كذلك لكن استحقاق النفس بسبب القتل والقتل متلف لا مالية في هذا المحل لانه يستلزمه فكان معنى علة العلة وهي تمام مقام العلة في الحكم فن هذا الوجه صارت المالية كأنها هي المستحقة وأما اذا مات في يد المشتري فنقرر الثمن عليه لانه لم يتم الاستحقاق في حكم الاستيفاء فلها ذلك في ضمان المشتري واذا قتل فقد تم الاستحقاق ولا يبعد أن يظهر الاستحقاق في حكم الاستيفاء دون غيره كذا من له القصاص في نفس من عليه القصاص لا يظهر الا في حكم الاستيفاء حتى لو قتل من عليه القصاص خطأ كانت الدية لورثته دون من له القصاص قال

(ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري الخ) اذا كان العبد المبيع سرق في يد البائع ثم سرق في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرناه آنفاً وعند أبي حنيفة لا يرد له الا برض البائع بالبيع الحادث وهو القطع بالسرقه الحادثة عنده ثم الامر لا يتخلل ان يقبله البائع كذلك وأن لا يقبل فان لم يقبله يرجع المشتري على البائع بربع الثمن لانها اقطاعت بالسيد برجع بما يقابل نصف اليدوان قبل برجع بثلاثة أرباع الثمن لان اليد نصف الاثني وتلفت بالجنايتين وفي احدهما لرجوع على (٣٧) البائع فيقسم النصف عليهما بنصفين والنصف الآخر يرجع

فيه على البائع فيرده العبد عليه فان قيل اذا حدث عند المشتري عيب ثم اطاع على عيب كان عند البائع فقبله البائع كذلك يرجع المشتري عليه بجميع الثمن فلم يكن ههنا كذلك أجيب بان هذا على قول أبي حنيفة نظرا الى جريانه مجرى الاستحقاق وما ذكرتم لا يتصور فيه فان قيل ألا تذكرون ما تقدم أن حكم العيب والاستحقاق يستويان قبل القبض وبعده في غير المكمل والموزون فما الذي أوجب الاختلاف ههنا بينهما قلنا بلى لكن ليس كلامنا الآن فيهما بل فيما يكون بمنزلة الاستحقاق والمكمل وما ينزل منزلة الشيء لا يلزم ان يساويه في جميع الاحكام فعسى يكفي شبهة ما نحن فيه والاستحقاق كون العقد غير متناول ليقبض القبض من الاصل لما سر آنفاً قال ولوداوتنه الايدي يعني بعدد وجود السرقة من العبد في يد البائع اذا تداولته الايدي

ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرناه آنفاً وعند أبي حنيفة لا يرد له الا برض البائع بالبيع الحادث وهو القطع بالسرقه الحادثة عنده ثم الامر لا يتخلل ان يقبله البائع كذلك وأن لا يقبله يرجع المشتري على البائع بربع الثمن لانها اقطاعت بالسيد برجع بما يقابل نصف اليدوان قبل برجع بثلاثة أرباع الثمن لان اليد نصف الاثني وتلفت بالجنايتين وفي احدهما لرجوع على (٣٧) البائع فيقسم النصف عليهما بنصفين والنصف الآخر يرجع

بسبب كان عند البائع أجيب بان الجارية لا تموت بمجرد الحبل بل بزيادة الالم وذلك بسبب آخر عند المشتري لافي يد البائع فليس مما نحن فيه وأما الثانية فلأن المبيع لما ورد على قطع البائع أو الاجنبي قطع سراية القطع لان السراية تحق البائع فتنقطع بببيع من له السراية وفيما نحن فيه السراية لغبر من كان المبيع منه فيمنع انقطاع السراية بالمبيع وأما الثالثة فان البكارة لا تستحق بالمبيع حق ولو وجدها ثيبا لا يتمكن من الرد اذ لم يكن شرط البكارة فغدهما من باب عدم وصف مرغوب فيه لامن باب وجود العيب وعن الرابعة بان المستحق هو الضرب المولوم واستيفاء ذلك لا ينافي المالمسة في المحصل وموته بذلك الضرب انما هو لعارض عرض في يد المشتري وهو خرق الجلاد أو ضعف المجلود فلم تكن تلك الزيادة مستوفاة حذام مستحقا وأما الخامسة فقد تقدم جوابها من المبسوط (قوله ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما) أي بالسرقتين جميعا (فعندهما يرجع بالنقصان) أي نقصان عيب السرقة الملوحة عند البائع (وعنده أبي حنيفة) رحمه الله (ليس له أن يرد به بلا رضا البائع للعيب الحادث) وهو السرقة عند المشتري والقطع بهما كقولهما ولكن ان رضى البائع كذلك رده ورجع بثلاثة أرباع الثمن وان لم يرض به أمسكه ورجع بربع الثمن (لان اليد في الاثني نصفه) في حق الاتلاف وقد تلفت بالسرقتين السكتايتين عندهما فيتوزع نصف الثمن بينهما نصفين فيسقط ما أصاب المشتري ويرجع بالباقى ان رده بان رضيه البائع وذلك ثلاثة أرباع الثمن ويربعه ان أمسكه بان لم يرض البائع لان نصف النصف لزم المشتري فيسقط عن البائع وهذا لان البائع انما قبله اقطع معيبا لامع أن يتحمل ما لزم المشتري من النقصان بالسبب الكائن عنده بل يتوزع النقصان عليهما كافي الغاصب للعبد اذا سرق عنده ثم رده فسرق عند المالك فقطع بالسرقتين فانما يرجع المالك على الغاصب بنصف الغيبة (قوله ولوداوتنه الايدي) بعد ان سرق عند البائع ثم تداولته الايدي بعده (ثم قطع عند الأخير) بتلك السرقة (رجع الباعة بعضهم على بعض) بالثمن (كفي الاستحقاق عند أبي حنيفة) لانه أجراه مجرى الاستحقاق ولا يخفى ان هذا اذا اختار الرد لان علمت ان حكم المسئلة عنده انه بالخيار بين أن يرد ويرجع

مسئلة الحامل ممنوعة أي على هذا الخلاف ولئن سلم فقد ذكر في المبسوط وأما الحامل فهناك السبب الذي كان عند البائع يوجب انفصال الولد لاموت الام بل الغالب عند الولادة السلامة وهو نفاير الزاني اذا جلد ولا يلزم على أبي حنيفة وجه الله الجارية المغصوبة اذا حبست ثم ردها الغاصب لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وهو أن يرد المغصوبة كما غصب ولم يوجب ذلك حين ردها كما لو وهبها الواجب على البائع تسليم المبيع كما أوجبه العقد وقد وجد ذلك ثم ان تلفه بسبب كان الهلاك به مستحقا عند البائع ينقض قبض المشتري فيه وان لم يكن مستحقا لا ينقض قبضه فيه ولا يلزم على هذا ما اذا اشترى جارية بمجموعة فانت في يد المشتري من تلك الجارية لا تموت بمجرد الحبل بل بزيادة توافد الاكلام ولم يكن عند البائع وكذلك الامة اذا زوجهما ولاها

بالباعات ثم قطع العبد في يد الأخير ترجع الباعة وهو يرجع بائع كالحاكم كجاءه حائل بعضهم على بعض عند أبي حنيفة كفي الاستحقاق لانه تنزلته وعندهما يرجع الأخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه كفي العيب لانه بمنزلة وهذا لان المشتري الأخير لم يصرح باسحابه لم يبعه (قوله والنصف الآخر الخ) أقول يعني الذي لم يتلف (قوله فان قيل الى قوله يستويان) أقول يعني ما تقدم بركة تخميناه وهو قوله وتنبه كلام المصنف تجد حكم العيب والاستحقاق سوين (قوله لينتقض القبض من الاصل لما سر آنفاً) أقول يعني ما تقدم به تخميناه وهو قوله فينتقض القبض من الاصل لعدم مصادفة العقد بحله

ولا كذلك الآخرون فان البيع يمنع الرجوع لنقصان العيب ما تقدم (قوله وقوله في الكتاب) أي قول محمد في الجامع الصغير (ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبه لان) هذا يجري مجرى العيب عندهما والعلم بالعيب رضايه ولا يفيد على مذهبه أي حنيئة في الصحيح لانه بمنزلة الاستحقاق والعلم به لا يمنع الرجوع وقوله (في الصحيح) احتراز عما روي عن أبي حنيفة أنه لا يرجع لان حل الدم من وجهه كالاستحقاق ومن وجهه كالعيب حتى لا يمنع صحة البيع فليشبهه بالاستحقاق قلنا عند الجهل به يرجع بجميع الثمن ولشبهه بالعيب قلنا لا يرجع عند العلم بشئ لانه انما جعل هذا كالاستحقاق لدفع الضرر عن المشتري وقد اندفع حين علم به واشتراه وقال شمس الأئمة اذا اشتراه وهو يعلم يحل دمه ففي أصح الروايتين عن أبي حنيفة يرجع بالثمن أيضا (٣٨) اذا قتل عبده لان هذا بمنزلة الاستحقاق وقال نضر الاسلام الصحيح أن الجهل والعلم سواء

وعندهما يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب وقوله (في الكتاب) ولم يعلم (المشتري) يفيد على مذهبه لان العلم بالعيب رضايه ولا يفيد على قوله في الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع (قال ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب فليس له أن يرد به عيب وان لم يسم العيوب بعددها) بالكل أو بمسكه ويرجع بنصف الثمن فيرجع بعضهم على بعض بنصف الثمن (وعندهما يرجع الاخير) الذي قطع في يده (على بائعه) بالنقصان (ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب) أما رجوع الاخير فلانه لما لم يعلم لم يصح حابسا للمبيع مع إمكان الرد بالعيب وعلمت ان يبيع المشتري للمعيب حبس للمبيع سواء علم بالعيب أو لم يعلم فلا يمكنه الرد بعد ذلك وقوله (في الكتاب) أي الجامع الصغير (ولم يعلم به) أي وقت البيع ولا وقت القبض (يفيد على قولهما) لانه عيب (والعلم بالعيب) عند البيع أو القبض (مسقط للرد والارش) وأما عنده فعنه روايتان في رواية كقولهما فلا يرجع اذا علم بالاستحقاق يده أو نفسه قال المصنف (تبع الشمس الأئمة) الصحيح انه يرجع وان علم بسرقة أو باسقاط دمه وقت البيع أو القبض لان هذا بمنزلة الاستحقاق من وجهه والعيب من وجهه فليشبهه بالاستحقاق قلنا يرجع بكل الثمن اذا لم يعلم ولشبهه بالعيب لا يرجع عند العلم بشئ مما لا يشبهه بنظر فيه بعضهم بان هذا عيب لانه موجب لنقصان الثمن وكونه أخرى مجرى الاستحقاق لا يخرج عنه كونه عيبا (قوله ومن باع عبدا الخ) ليس العيب بقيد فان البيع بشرط البراءة من كل عيب صحيح في الحيوان وغيره ببرأ البائع به من كل عيب فاقترن وقت البيع معلوم له أو غير معلوم ومن كل عيب يحدث الى وقت القبض أيضا خلافا لمحمد في الحادث وأجمع ان البيع لو كان بشرط البراءة من كل عيب به لا يدخل الحادث في البراءة ولشافعي قول كقولنا وقول انه لا يبرأ من عيب أصله أو نالها وهو الأصح انه يبرأ ويروي عن مالك يبرأ البائع في الحيوان عما لا يعلم دون ما يعلم لماري أن ابن عمر رضي الله عنهما باع عبدا من زيد بن ثابت بشرط البراءة فوجدوا بده عيبا فأرادوا ردده فلم يقبله ابن عمر فترافعا الى عثمان رضي الله عنه فقال عثمان لابن عمر أتخلف انك لم تعلم بهذا العيب فقال لا فردده عليه والفرق انكتمان المعلوم وهي بكرم باعها ثم اقضها الزوج في يد المشتري حيث لا يرجع بنقصان البكارة لان البكارة لا تستحق بالبيع بل بالشرط بدليل أن من اشترى جارية فوجدها ثيبا لا يتمكن من الرد وكلاهما فيما يستحق بالبيع لا بالشرط وكذا لو زنى العبد عند البائع فخلد في يد المشتري فانت منه لا يرجع على البائع بالثمن لان المستحق بذلك السبب الضرب المؤلم وموته بذلك معني حارص وهي خرق الجلاد أو ضعف المحلود فلم يكن مضافا الى ذلك السبب (قوله) وعندهما يرجع الاخير على بائعه (لانه لم يصح حابسا للمبيع حيث لم يعلم به ولا يرجع بائعه على بائعه لانه صار بالبيع حابسا للمبيع (قوله في الكتاب) أي في الجامع الصغير (قوله في الصحيح) وفي رواية عنه لا يرجع

لانه من قبيل الاستحقاق والعلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع قيل فيه نظر لانا سلمنا أن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع ولكن لان سلم أن العلم بالعيب لا يمنع الرجوع وهذا عيب لانه موجب لنقصان الثمن وليكنه أخرى مجرى الاستحقاق ونزل منزلته لاحقية نفسه لان في حقيقته يبطل البيع ويرجع بجميع الثمن في قولهم جميعا سواء كان عالما بذلك أو جاهلا قبل القبض أو بعده وهنالا يبطل البيع والجواب أن كونها أصح أو صحيحا يجوز أن يكون من حيث صحة النقل وشهرته فلا يرد السؤال ويجوز أن يكون من حيث الدليل وقوله في النظر وهذا عيب ممنوع لانهم صرحوا انه بمنزلة العيب وأنه صعب من وجهه واذا كان كذلك فلا يلزم أن يكون حكمه حكم العيب من كل وجه وقد ترجح جانب

الاستحقاق بالدلائل المتقدمة فاجرى مجراها قال (ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب) البيع بشرط البراءة عن وقال

(قوله قيل فيه نظر) أقول أي فيما قاله نضر الاسلام (قوله والجواب ان كونها أصح أو صحيحا) أقول لا يخفى دليل ان نزاع القائل انما هو في صحة الدليل فلا أساس لجوابه الاول فليتنامل (قوله وقوله في النظر وهذا عيب ممنوع) أقول أنت خبير بان منع السند مما لا يجوز أهذا فقوله ممنوع خارج عن الاتهاب وجوابه ان المنع متوجه الى ما جعله المعارض مبني لمنعه الى منعه وبينهما فرق بقي الكلام في صحة المنع بعد إقامة الدليل على المقدمة الممنوعة بدون التعرض لدليله فليتنامل ثم أقول بقي ههنا شئ آخر وهو أن كونه عيبا لا يمكن أن ينازع فيه لظهوره وصديق تعريفة عليه وأيضا عادة الفقهاء اعتبار الشبهين ومراعاة الجهتين وليس في الدلائل المتقدمة ما يقتضي الغاء جهة العيب ولم يقل المعارض ان حكمه حكم العيب من كل وجه كما لا يخفى

كل عيب صحيح سمي العيوب وعددها ولا علمه البائع أولم يعلمه وقف عليه المشتري أو لم يقف أشار إليه أو لا موجودا كان عند العقد والبعض
أو حدث بعد العقد قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف في رواية وقال لا يدخل المداخيل قبل القبض وهو رواية عن أبي يوسف وهو
قول زفر والشافعي ومالك وقال زفر إذا كان مجهولا صح البيع وفسد الشرط (وقال الشافعي لا تصح البراءة من كل عيب) ما لم يقل من عيب
كذا ومن عيب كذا وكان ابن أبي ليلى يقول لا تصح البراءة من العيب مع التسمية (٣٩) ما لم يره المشتري وقد حوت هذه المسئلة

بينه وبين أبي حنيفة في مجلس
أبي جعفر الدوانيقي فقال
له أبو حنيفة أرايت لو باع
جارية في المائتي منها عيب
أ كان يجب على البائع أن
يرى المشتري ذلك الموضع
منها أرايت لو أن بعض حرم
أمير المؤمنين باع عبد رأس
ذكره برص أ كان يلزمه
أن يرى المشتري ذلك
وما زال حتى أخفاه وضحك
الحليفة مما صنع به الشافعي
يقول إذا باع بشرط البراءة
من كل عيب فالبيع فاسد
وفي قول آخره البيع صحيح
والشرط باطل بناء على مذهبه
أن البراءة عن الحقوق
المجهولة لا تصح لأن في البراءة
معنى التملك ولهذا لو أبرأ
المدون عن دينه فرد البراءة
يصح البراءة وتلك المجهول
لا يصح ولأن البراءة اسقاط
للكمليك لأنه لا يصح تملك
العين بهذه اللفظة ويصح
البراءة بأسقطت عنك ديني
ولأنه يتم بلا قبول والتمليك
لا يتم بدونه والاسقاط لا
تغضي الجهالة فيه إلى المنازعة
لأن الجهالة إنما أبطلت
التملكات لغو التسليم
الواجب بالعقد وهو لا يتصور
في الاسقاط فلا يكون مبطالا

وقال الشافعي لا تصح البراءة بناء على مذهبه أن البراءة عن الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول إن في البراءة معنى
التملك حتى يرتد بالرد وتلك المجهول لا يصح ولأن الجهالة في الاسقاط لا تغضي إلى المنازعة وإن كان في ضمنه
التملك لعدم الحاجة إلى التسليم فلا تكون مفسدة

تلبس بخلاف غير المعلوم وأما في غير الحيوان فلا يبرأ من عيب ما فذكر المصنف خلافاً لمطاعها وأحد أقواله
قال وهذا (بناء على مذهبه أن البراءة عن الحقوق المجهولة لا يصح) فنصب الخلاف في المبني فقال (هو يقول في
البراءة معنى التملك ولهذا يرتد بالرد) حتى لو أبرأ من له الدين مدونه فرد المدون لم يبرأ وكذا لا يصح تعليق
البراءة لمصلحة من معنى التملك (وتملك المجهول لا يصح) ولأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الغرر وهذا
بيع الغرر لأنه لا بدري أن المبيع على أي صفة هو ولأنه شرط على خلاف مقتضى العقد لأن مقتضاه سلامة
المبيع فهو كشرط عدم الملك ولأن البراءة اسقاط حتى يتم بالقبول كالطلاق والعناق بان طلق نسوته أو
أعتق عبده ولم يدركهم ولا أهبانهم كان ورث عبداً في غير بلد أو زوجاً له صغيراً فبلغ وهي في غير بلد
ولذا لا يصح تملك الأعيان بلفظ البراءة ويصح البراءة بلفظ الاسقاط كان يقول أسقطت عنك ديني عليك
والاسقاط لا يبطله جهالة الساقط لأن جهالته (لا تغضي إلى المنازعة وإن كان في ضمنه التملك) فظهر أن أثره في
صحته وعدمه تعليقه بالشرط فانتفى المانع ووجد مقتضى وهو تصرف العاقل البائع باسقاط حقوقه بخلاف
التملك فإن جهالة المالك فيه تمنع من التسليم فلا ترتب فائدة التصرف عليه أما الاسقاط فإن الساقط يتلشى
فلا يحتاج إلى تسليم فظهر أن المبطل لتملك المجهول ليس الجهالة بل عدم القدرة على التسليم ولذا جاز بيع
قفيز من صبرة وإنما امتنع ببيع شاة من قطع للمنازعة في تعيين ما يسهل له تفاوتاً وأما عدم الصحة في قوله أبرأت
أحدكم للجهالة من له الحق يكلم به قوله لرجل على ألف ومعه اقلان على شيء ويلزم بالتعيين على أن من المشايخ
من أجازه وألزمه بالتعيين كطلاق أحدي زوجتيه وجه المختار أن الطلاق بعد وقوعه لاجهالة فيه وكذا العناق
لمن له الحق لأنه الله تبارك وتعالى ولذا لو اتفقا على إبطاله لم يبطل ويدل على ما قلنا حديث هلي رضي الله عنه
حين بعته النبي صلى الله عليه وسلم ليصلح بين بني خزاعة وذلك أنه صلى الله عليه وسلم بعث أولاد بن الوليد
فقتل منهم قتلى بعد ما عصبوا بالسجود فدفع صلى الله عليه وسلم إلى هلي ما لا فوداهم حتى مبلغاً البكاب
و بقي في يده مال فقال هذا لكم مما لا تعلمون ولا يعلم رسول الله صلى الله عليه وسلم فبلغ ذلك رسول الله صلى الله
عليه وسلم فسر به وهو دليل جواز الصلح عن الحقوق المجهولة وروى أن رجلاً اختصم إلى رسول الله صلى
الله عليه وسلم في مواريت خدرت فقال صلى الله عليه وسلم استمأوا توأخيا الحق وليحل كل واحد منهما صاحبه
وفيه إجماع على للمسلمين لأن من حضر الموت في كافة الأعمار استحل من معاملته من غير تكبير والمعنى
الغفهي ما ذكرنا والغرور والله أعلم إجماعهم خلاف الثابت ومنه ولد المغرور والمغرور بحرية امرأة ليتزوجها
وليست حرة وحين شرط البراءة من العيوب فقد نهبه على إجماع العيوب وبقاءه في يدها فبرئ منه وقوله شرط

لأن حل الدم من وجهه كالا ستحقاق ومن وجهه كالعيب حتى لا يمنع صحة البيع فاشبهه بالاستحقاق عند الجهل
به يرجع بكل الثمن ونشبهه بالعيب لارجع عنه عند العلم بشئ مما لا يبرأ من أعتقه المشتري فقطعت يده أو
قتل فعنه ما يرجع بنقصان العيب كفي سائر العيوب ونفسد أبي حنيفة رحمه الله لارجع لأن القطع

ولهذا جاز طلاق نسائه واعتاق عبده وهو لا بدري عددهم وقوله (وان كان في ضمنه التملك) إشارة إلى الجواب عن قوله يرتد بالرد وتقريره
(قوله أرايت لو أن بعض حرم أمير المؤمنين الخ) أقول ليس في هذا أكثر من سنانة إذ لا يلزم رؤية البائع والمشتري لو اشترى بعض حرم أمير
المؤمنين عبداً كذا كان يلزمه أن يرى ذلك (قوله ولهذا جاز طلاق نسائه واعتاق عبده وهو لا بدري عددهم) أقول بان زوج أولياءه في صغره
نسوة لا يعلم كمهن والله أعلم

أن ذلك لما فيه من معنى التماثل فيه وهو (٤٠) لا يورث في فساد ما قلنا لا يثبت أن شخص التملك لا يملك بجهالة لا نفوت التسليم كما

و يدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول أبي يوسف وقال محمد رحمه الله لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر رحمه الله لأن البراءة تتناول الثابت ولا يثبت يوسف أن الغرض الزام العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث

ينافي مقتضى العقد وهو السلامة قلنا يوافق مقتضاه وهو لزوم وكون السلامة مقتضاه أن أراد العقد المطلق سلامة أو المقتضى بشرط البراءة من العيوب إن كانت منعه والزم أن لا يصح شرط البراءة من العيوب المشبهة أن ظهرت وجوازها تغاها وقوله (و يدخل في هذه البراءة) يعني البراءة المذكورة في الكتاب فإن الإشارة إليها هي البراءة من كل عيب واحترز بالاشارة المذكورة عن البراءة من كل عيب به وقد ذكرنا أنه لا يبرأ عن العيب الحادث بالاجماع والارادة قوله (في قول أبي يوسف) ظاهر الرواية عنه وهو قول أبي حنيفة (وقال محمد لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر) والحسن بن زباد والشافعي ومالك ورأيت عن أبي يوسف (لأن البراءة تتناول الثابت) فتصرف إلى الموجود عند العقد فقط (ولابي يوسف أن) الملاحظ هو المعنى والغرض ومعلوم أن (الغرض) من هذا الشرط (الزام العقد باسقاط المشتري حقه عن وصف السلامة) ليلزم على كل حال ولا يبطال البائع بحال (وذلك بالبراءة من كل عيب) لوجب للمشتري الرد والحادث بعد العقد كذلك فاقضى الغرض المعلوم دخوله وأورد أنه ذكر في شرح الطحاوي أنه لو صرح بالبراءة من العيب الحادث لم يصح بالاجماع فكيف يصح من أبي يوسف ادخال الحادث بلا تنصيص وهو مع التنصيص عليه يعطاه أوجب بمنع أنه اجماع بان في الشريعة إذا باع بشرط البراءة من كل عيب وما يحدث بعد البيع قبل القبض يصح عند أبي يوسف خلافا لمحمد وذكر في المبسوط في موضع آخر لرواية عن أبي يوسف فيما اذا نص على البراءة من كل عيب حادث ثم قال وقيل ذلك صحيح عنده باعتباره أنه يقسم السبب وهو العدة مقدم مقام العيب الموجب للرد ولئن سلمنا فالفرق أن الحادث يدخل تبعا لتقرر غرضه ما لو كان من شيء لا يثبت مقصودا ويثبت تبعا لو اختلفا في عيب أنه حادث بعد العقد أو كان عنده لا تراها عند أبي يوسف وعند محمد القول قول البائع مع عيبه على العلم أنه حادث لأن بطلان حق المشتري في الفسخ ظاهر بشرط البراءة وثبت حق الفسخ بعيب حدث باطن فاذا ادعى باطن الباطن يلزم بظاهر الايدق لا يصدق لا يثبت وعند زفر القول للمشتري لأنه هو المسقط لحقه فالقول في بيان ما أسقط قوله * (فروع) * جميعها في الداراية بشرط البراءة من كل عيب به أو خص ضرر بأمم العيوب لم يصرف إلى الحادث بالاجماع ويصح تخصيصه ولو شرطها من عيب واحد كشعبة فحدث عند المشتري عيب أو موت فاطلع على عيب آخر كشعبة أخرى فأراد أن يرجع بالنقصان لامتناع الرد بالعيب الحادث اعتبر أبو يوسف نفع حصول البراءة للبائع فجعل الخبر في تعيين العيب الذي رده إليه وجعله محمد للمشتري فبردها بما شاء ولا يخفى أن هذا إذا لم يعين الشبهة المتبرأ منها عند البيع بل أقرأه من شعبة أو عيب ولو أقرأه من كل غائله فهي السرقة والاذياق والفجور وكذا روي عن أبي يوسف ولو أقرأه من كل داء فعن أبي حنيفة الداء ما في الباطن في العادة وما سواء يسمى مرضا وقال أبو يوسف يتناول الشكل وتقدم أول الباب ذلك وفي جمع التفاريق قطع الاصبع عيب والاصبعين عيبان والاصابع مع السكف عيب واحد ولو قيل في الثوب عيب به يبرأ من الخروق وتدخل الخروق والرفو ولو تبرأ من كل سن سوداء تدخل الحمراء والخضراء ومن كل قرع تدخل القروح الدامية وفي المحيط أبرأ من كل عيب بعينه فاذا هو عور ولا يبرأ لأنه عديمها العيب بها ولو قال أنا بريء من كل عيب الا باقية بريء من باقية ولو قال الا باقية الرد بالباقي ولو قال أنت بريء من كل حق لي قبل أن تدخل العيب هو المختار دون الدرك ولو قال المشتري ليس به عيب لم يكن اقرا بانه تعاقب العيوب حتى لو وجد به عيبا رده ولو عين فقال ليس باقية صح اقرا رده ولو وجد به عيبا فاصطالحا على أن يدفع أو يحط دينارا جاز ولو واقتل لم ينصفنا نفويت المسألة هنا لا لعدم المسألة يوم القتل والقتل (قوله وقال محمد رحمه الله لا يدخل فيه الحادث) وأجمعوا على أن البيع لو كان بشرط البراءة من كل عيب به أنه لا يبرأ عن الحادث لأنه لما قال به اقترع على الموجود كذا في شرح الطحاوي (قوله ولا يثبت يوسف رحمه الله أن الغرض الزام العقد) فان قيل يرى من كل عيب به فانه لا يبرأ عن الحادث بالاجماع لأنه لما قال به اقترع على الموجود

إذا باع فغير آمن صبرة فلان لا يبطل الاسقاط الذي فيه معنى التماثل والمسقط متلاش لا يحتاج إلى التماثل أولى ووجهه قول محمد أن البراءة تتناول الثابت حال البراءة لأن ما يحبس مجهول لا يعلم أي يحدث أم لا وأي مقدار يحدث والثابت ليس كذلك فلا يتناول وأبو يوسف يقول الغرض من الإبراء الزام العقد باسقاط حق المشتري عن صفة السلامة ليقتدر على التماثل الواجب بالعقد وذلك بالبراءة حسن الموجود والحادث فان قيل لو نص بالحادث فقال بعث بشرط البراءة عن كل عيب أو ما يحدث فالبائع فاسد بالاجماع والحكم الذي يفسد تنصيصه كيف يدخل في مطلق البراءة قلنا لا نسلم الاجماع فانه ذكر في الشبهة أنه يصح عند أبي يوسف خلافا لمحمد سلمناه ولكن الفرق لأن ظاهر لفظه هنا يتناول العيوب الموجودة ثم يدخل فيها ما يحدث قبل القبض تبعا وقد يدخل في التصرف تبعا لا يجوز أن يكون مقصودا والجواب عن قوله أن ما يحدث مجهول أن مثله من الجهالة غير مانع في الاسقاط كما تقدم (قوله ويدخل في هذه البراءة) احتراز عما لو قال بعث هذا العيب على أني

(باب البيع الفاسد)

دفعه المشتري ليرد لم يجز لانه باور زال العيب يبطل الصلح فيرد على البائع ما بذل أو حط اذا زال ولو زال بعد خروجه عن ملكه لا يرد ولو صالحه بعد الشراء من كل عيب بدوهم جاز وان لم يجده عيبا ولو قال اشترى منك العيوب لم يجز وحذف الحروف أو نقصها أو النقطة أو الأعراب في المصحف عيب ولو وجد عيبا فاصطلمه على أن يحط كل عشرة وباخذ الاجنبي بما وراء المخطوط ورضي الاجنبي بذلك جاز وجاز حط المشتري دون البائع ولو قصر المشتري الثوب فاذا هو مخزق وقال المشتري لا أدري تخزق عند القصار وعند البائع فاصطلموا على أن يقبله المشتري وردد عليه القصار درهمما والبائع درهمما جاز وكذا لو اصطلم على أن يقبله البائع ويدفع له القصار درهمما يترك المشتري درهمما قبل هذا غلط وتاويله أن يقبل القصار أو لا للمشتري ثم يدفع المشتري ذلك للبائع وفي المجتبى أدخل المشتري القدر في النار أو وحده المنشأ وحلب الشاة أو البقرة لم يرد سواء كان في المصرة أو غيرها وفي المصرة يرد بقوله اللبن عند الشافعي ومالك وأحمد ورواية عن أبي يوسف والمصرة شاة ونحوها سدد ضرها ليعتبر المشتري أنها كثيرة اللبن فاذا حلب البس له ردها عندنا وهل يرجع بالنقصان في رواية الكرخي لا وفي رواية شرح الطحاوي يرجع لغوان وصف مرغوب فيه بعد حدوث زيادة منفصلة وقيل لو اختيرت هذه لاقتوى كان حسنا لغرو المشتري بالتصيرية ولو اغتر بقول البائع هي حاوب فتبين خلافه بعد الولادة يرجع فكذا هنا ولو وقف الأرض أو جعلها مسجدا ثم اطلع على عيب امتنع الرد والرجوع بالأرض عند محمد وعنده أبي يوسف يرجع بالأرض ولو اشترى ضيعة مع غلاتها فوجدها معيبة ودها في الحال لانه ان جمع غلاتها فهو رضا وان تركها يرد اذا العيب فيمتنع الرد

(باب البيع الفاسد)

البيع جائز وغير جائز والجائز ثلاثة أنواع بيع الدين بالدين وهو السلم وبيع العين بالعين وهو المقايضة وبيع العين بالدين وهو البيع المطلق وغير الجائز ثلاثة أنواع باطل وفاسد وهو بيع ماليس بمال الخمر والمدر والمعدوم كالسبي في اللبن وغير مقدور التسليم كالآبق وموقوف حصره في الخلاصة في خمسة عشر بيع العبد والصبي المحجورين أي موقوف على اجازة المولى والاب أو الوصى وبيع غير الرشيد موقوف على اجازة القاضي وبيع المرهون والمستأجر وما في مزارعة الغير يتوقف على اجازة المهرن والمستأجر والمزارع فلو تفاخرا الاجارة أو رد الرهن لو فاء أو ابراء لزمه أن يسلمه للمشتري وكذا بيع البائع المبيع بعد القبض من غير الرواية منصوصة في شرح الطحاوي وفي المبسوط أيضا بأنه لو باع بشرط البراءة عن كل عيب وما يحدث فالبيع فاسد بالاجماع والحكم الذي يفسد تنصيبه كيف يدخل في مطلق البراءة عنده قلنا قد ذكر في الذخيرة أنه اذا باع بشرط البراءة عن كل عيب يحدث بعد البيع قبل القبض رجع عند أبي يوسف رحمه الله بخلافه محمد رحمه الله وذكر في المبسوط في موضع آخر ولا رواية عن أبي يوسف رحمه الله فيما ذكر اذا نص على البراءة من العيب الحادث ثم قال وقيل ذلك صحيح عندنا باعتبار أنه يقيم السبب وهو العدم مقام العيب الموجب للرد في صحة الاسقاط ولئن سلمنا فنقول ههنا ظاهر لفظه يتناول العيوب الموجودة ثم يدخل فيها ما يحدث قبل القبض تبعا لذلك يرجع الى تقرير مقصودهما وقد يدخل في التصرف تبعهما لا يجوز أن يكون مقصودا بذلك التصرف كالشرب في بيع الأرض والمنقولات في وقف القرية وذكر في شرح الطحاوي ولو وجد المشتري بالمبيع عيبا جاءه بده بعد ما وقع البيع بشرط البراءة من كل عيب فاختلغا فقال البائع كان هذا العيب موجودا ودخل في البراءة وقال المشتري هو حادث ولم يدخل في البراءة فعلى قول أبي يوسف رحمه الله لا فائدة لهذا الاختلاف لانه تبرأ عنهما جميعا وعند محمد رحمه الله القول قول البائع مع يمينه على العلم أنه حادث لان بطلان حق المشتري في الفسخ ظاهر بشرط البراءة وثبوت حق الفسخ له بمجرد حدوث العيب باطن فاذا ادعى المشتري باطنا لم يثبت له ظاهر المصدق

(باب البيع الفاسد)

(باب البيع الفاسد)

تأخير غير الصحيح عن الصحيح
لعله غير محتاج الى تنبيه

(باب البيع الفاسد)

المشتري يتوقف على اجازة المشتري وقبل القبض في المنقول لا ينعقد أصلاً حتى لو تفاخرا لا ينفذون في العقار على اختلاف المعروف وبيع المرتد عند أبي حنيفة والبيع بركة وبما باع فلان والمشتري لا يعلم وقرف على العلم في الجاس وبيع فيه خيار الجاس وبمثل ما يبيع الناس وبمثل ما أخذ به فلان وبيع المال المغصوب ذكره محمد بن أقر الغاصب أو جحد للمغصوب منه بينة تم البيع وبيع مال الغير ولتتم ما يتعلق بالرهون والمستأجر والمغصوب ذكره أثار جسد الرهن والمستأجر إلى الراهن والمؤجر يفسخ أو غيره يتم البيع وكذا إذا أجاز المستأجر والمرتهن فإن لم يجيزا وطلب المشتري من الخا كفسخ العقد ففسخه والمشتري الخيار إذا لم يعلم الرهن والاجارة وقت البيع وكذا إذا علم عند محمد وعند أبي يوسف أن علم ليس له حق الفسخ فقيس على ظاهر الرواية قول محمد وقيل بل قول أبي يوسف وليس للمستأجر حق فسخ البيع بالاختلاف وفي المرتن خلاف المشايخ وليس الراهن والمؤجر حق الفسخ ولو هلك المغصوب قبل التسليم انتقض البيع وهو الأصح وقيل لانه أن خلف بدلا وروى بشر عن محمد وابن سماعة عن أبي يوسف انه يجوز ويقوم المشتري بمقام المالك في الدعوى وعن أبي حنيفة روايتان وتقدم ان المزارعة والاجارة سواء أعنى سواء كان البسدر منه أو لا فان أجاز فلا أجر لعله وفي النوازل فلا أجاز المزارع فكل النصيبين للمشتري وكذا في الكرم وان كانت الارض فارغة في المزارعة ولم تظهر الثمار في الكرم جاز البيع وبه أخذ المرشدين في ذكره في المجتبى ثم وجه تقديم الصحيح عن الفاسد انه الموصل الى تمام المقصود فان المقصود سلامة الدين التي لها شريعت العقود وليندفع التغالب والوصول الى دفع الحاجة الدنيوية وكل منهما بالبعث وأما الفاسد فمخالفة الدين ثم انه وان أفاد الملك وهو مقصود في الجملة لكن لا يفيد تمامه اذ لم ينقطع به حق البائع من المبيع ولا المشتري من الثمن اذ كل منهما الفسخ بل يجب عليه ثم لفظ الفاسد في قوله باب البيع الفاسد وفي قوله اذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد مستعمل في اعم من الفاسد والباطل فالشارحون على أن ذلك الفاسد اعم من الباطل لان الفاسد غير المشروع بوصفه بل باصله والباطل غير المشروع وباحد منهما او لاشك انه يصدق على غير المشروع وباحد منهما انه غير مشروع بوصفه وهذا يقتضي أن يقال حقيقة على الباطل لكن الذي يقتضيه كلام أهل الفقه والاصول أنه بباينة فانهم قالوا ان حكم الفاسد افادة الملك بطر بقوا الباطل لا يفيد له أصلاً فقابلوه وأعطوه حكم ما بين حكمه وهو دليل تباينهما وأيضاً فانه مأخوذ في مقهومه وألازم له انه مشروع باصله لا بوصفه وفي الباطل غير مشروع باصله فيبين ما تبين فان المشروع وباصله وغير المشروع وباصله متباينان فكيف يتصادقان اللهم الا أن يكون لفظ الفاسد مشتراكين اعم والخاص المشروع وباصله لا بوصفه في العرف لكن نجعله مجازا عرفيا في اعم لانه خير من الاشتراك وهو حقيقة فقه باعتبار المعنى اللغوي ولذا اوجه بعضهم الاهمية بانه يقال اللحم اذا صار بحيث لا ينتفع به للدود والسوس بطل اللحم واذا انتن وهو بحيث ينتفع به فسد اللحم فاعتبر معنى اللغوي اذا دخل بعضهم أيضاً في البيع الفاسد بشموله المكروه لانه فائت وصف الكمال بسبب وصف مجاور ثم الفاسد بالمعنى الذي يعم الباطل يثبت باسباب منها الجهالة المفضية الى المنازعة في المبيع أو الثمن فخرج نحو جهالة كمية ففران الصبر فعدد الدراهم فيما اذا بيع صبرة طعام بصبرة دراهم وبعدم ملك المبيع للبائع والفاسد بمعنى البطالان الا في السلم أو مع المالك لكن قبل قبضه ومنها الجزع عن التسليم أو التسلم الابصر وكذا عن سقوف ومنها الغير ركض به القائن والشرط الفاسد بخلاف الصحيح وتدخل فيه صفتان في صفة كبيته كذا على أن يبيعه كذا والاتباع مقصودا كجبل الحبله تدخل في عدم الملك وبيع الاوصاف كالبينة شاة حية يرجع الى ما في تسليمه ضرر واذا لم يكن شرعا لا يذبحها اذ في قطعها حجة مجزعة عن التسليم لانها تصير ميتة بطل بيعها وكون البيع من البائع بما هو من جنس ثمن المتباع به وهو أقل منه قبل نقدا الثمن وعدم التعتين في بيع كبيع هذا بقية حنطة أو شعير مستدرك لدخوله في جهالة الثمن

واقب الباب بالفاسد وان كان مشتملا عليه وعلى الباطل لكثرة وقوعه بتعدد أسبابه والباطل هو ما لا يكون صحيحا أصلا ووصفا بالفاسد هو ما لا يصح وصفه أو كل ما أوردت خلافا في ركن المبيع فهو مبطل وما أوردته في غيره قوله واقب الباب بالفاسد الخ أقول ولعل الأولى أن يقال في وجه التلقيب أراد بالفاسد المعنى اعم للباطل لا المقابل له

كالتسليم والتسليم الواجب به والانتفاع المقصود منه وعدم الاطلاق عن شرط لا يقتضيه وغير ذلك فهو مفسد وعلى هذا تفصل المسائل المذكورة في الكتاب فيقال البيع بالميتة لغة وهو الذي مات حتف أنفه والدم والحزير باطل لانعدام الركن وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي لان هذه الاشياء لا تعد ما لا عند أحد من له دين سماوي وانما قيدنا بقوله لغة لتخرج المخنوقة وأمثالها كالجزرة بالذبوحة في غير المذبح فان ذلك عندهم بمنزلة الذبيحة عندنا ولو اذابوا ذلك فيما بينهم جاز ذلك كره المصنف في التجنيس وان (٤٣) كان ميتة عندنا بخلاف الميتة حتف أنفه

فان بيعه فيما بينهم لا يجوز لان الميتة بماله عندهم وعلى هذا يكون قوله فالبيع فاسد بلام الاستغراق على عمومه في بيعات المسلمين وغيرهم والبيع بالخزير فاسد لوجود حقيقة وهي مبادلة المال بالمال فانه في مال عند البعض أي المذكور من الجزير والخزير برمال متقوم عند بعض أهل الكفر وانما أولنا بذلك لانه مال عندنا بخلاف لكنه ليس بمقوم لان الشرع أبطل تقويمها في حق المسلمين لئلا يقولوها كما أبطل قيمة الجودة بانفرادها في حق المكيل والموزون ولو أراد بقوله عند بعض المسلمين لم يتحقق الى تاويل لكنه خلاف الظاهر

(قوله كالتسليم والتسليم الواجب به) أقول ضمير به واجمع الى البيع قال المصنف (كالبيع بالميتة) أقول الميتة في اللغة وهو الذي مات حتف أنفه فلا يراد المخنوقة وأمثالها التي هي كالذبيحة عندهم حيث جاز بيعها فيما بينهم فانها ليست ميتة لغة وان كانت

(قوله اذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخزير والخزير وكذا اذا كان غير مملوك كالجزير) قال رضي الله عنه هذه فصول جمعها وفيها تفصيل يدل فيه ان شاء الله تعالى فنقول البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالخزير لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد ما لا عند أحد والبيع بالخزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه مال عند البعض

(قوله اذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخزير والخزير وكذا اذا كان أحدهما غير مملوك كالجزير) هذا لفظ القدوري وقد ذكرنا اننا انما نلغظ فاسد براديه أو أعم من الباطل لان أحد العوضين يصدق على كل من المبيع والتمن اما حقيقة أو تغليباً كما قبل بناء على أن العوض خاص بالمبيع لانه براديه المعوض ولا شك أن المبيع اذا كان محرماً لا يصح فان كان ما لا فالبيع باطل كالجزير وكذا التمن اذا كان محرماً ميتة فهو باطل فلذا قال المصنف رحمه الله (هذه فصول جمعها) أي في حكم واحد وهو الفساد (والواقع ان فيها تفصيلاً) يعني ليس كماها فاسد فان منها ما هو باطل وهذا مما يبين لك أن المعروف في عرف فقهاءنا التباين بين الباطل والفساد فان الأعم لا ينفي عن الاختصاص قال (فنقول البيع بالميتة والدم باطل) لا فاسد باجماع علماء الامصار (وكذا بالخزير) بان يجعل الميتة والخزير مثلاً وبذلك (لانعدام ركن البيع الذي هو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد ما لا عند أحد) يعني ممن له دين سماوي فلذا كان البيع بالخزير باطلاً وان كان ما لا عند بعض الناس (و) أما (البيع بالخزير والخزير) فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه أي كلام من الجزير والخزير (مال عند البعض) وهم أهل الزمة كما سيصرح به في وجه الفرق حيث قال انه مال لاهل الزمة لخلعها عندهم وهذا من المصنف يفيد انفاء المالكية عنها بالكيفية في شرعنا وهو كذلك غاية الامرات الاصطلاح على تسمية البيع بتمن هو مال في بعض الاديان فاسد وبالمال لا في

(قوله اذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد) والفساد أعم من الباطل لان كل باطل فاسد ولا ينعكس (قوله هذه فصول) أي مسائل جمعها أي القدوري رحمه الله فنقول البيع بالميتة والدم باطل انما ذكر بهذا اللفظ ولم يقل يبيع الميتة والدم ليثبت حكم البطلان في بيع الميتة بالطريق الاولى وذلك لان البناء يدخل في الاتباع والوسائل ولهذا يقال كتبت بالقلم والاثمان اتباع الأثر أي أن البيع يجوز وان لم يكن التمن موجوداً ولا يجوز البيع عند عدم المبيع الا في موضع خاص ولما بطل البيع عند جعل الميتة والدم تمناً لان يبطل بجعلهما مبيعاً أولى وهذا اللفظ مجرى على عمومهما اذا أراد بالميتة الحيوان الذي مات حتف أنفه وأما اذا أراد بهما الميتة والموقوفة فلا يسر مجرى على عمومهما فان يبيع الميتة والموقوفة جاز عند أهل الكفر وان كانت ميتة عند المسلمين وفي التجنيس أهل الكفر اذا باعوا الميتة فيما بينهم لا يجوز لانها ليست بماله عندهم ولو باعوا ذبيحتهم بان يخنقوا الشاة أو يضربوها حتى تموت جاز لانها عندهم بمنزلة الذبيحة عندهم فلا ترى أن المجموع لو ذبح وباع فيما بينهم يجوز وان كان هذا ميتة (قوله عند أحد) أي من له دين سماوي وهذا لان صفة المالكية للشيء ينزل كل الناس أو يتمول البعض اياه والقيمة انما تثبت باباحة الانتفاع به شرعاً وقد ثبت صفة التقويم بدون المالكية فان حبة من الحنطة ليست بماله حتى لا يبيع بها وان أبيع الانتفاع بها شرعاً لعدم تمول الناس اياه (قوله فانه مال عند البعض) أي الخزير والجزير عند البعض والجزير مال مطلقاً

ميتة عندنا (قوله وعلى هذا إلى قوله والبيع بالخزير والخزير فاسد) أقول فيه بحث فان البيع بالخزير والخزير يرضى به عند أهل الزمة فكيف تستقيم ارادة العموم وجوابه أنه ليس بمحرماً عندهم نامل فان فيه ما لا يخفى (قوله أي المذكور من الجزير والخزير برمال متقوم الخ) أقول وأنت خير بان قيدنا التقويم بما لا حاجة اليه في اثبات المطلوب (قوله وانما أولنا بذلك) أقول أشار به الى قوله متقوم (قوله لانه مال عندنا بخلاف) أقول فلا وجه لتخصيص البعض

وقوله (والباطل لا يفيد ملكا) (التصرف) كأنه إشارة إلى الفرق بين الباطل والفاسد والباطل لا يفيد ملكا التصرف وما لا يفيد ملكا التصرف لا يفيد ملكا الرقبة فالباطل لا يفيد ملكا الرقبة (ولو هلك المبيع في يد المشتري في الباطل يكون أمانة عند بعض المشايخ) أبي أحمد الطواويسي وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة نص على ذلك في السبر الكبير نقله أبو المعين في شرح الجامع الكبير (لأن العقد باطل والباطل غير معتبر) والقبض باذن المالك فيكون أمانة (وعند بعض آخر) شمس الأئمة السرخسي وهو رواية ابن ميمونة عن محمد بن (يكون مضمونا لأنه لا يكون أدنى حال من المقبوض على سوم الشراء) لوجود صورة العلة ههنا دون المقبوض على سوم الشراء وفيه القيمة فكذلك ههنا والمقبوض على سوم الشراء هو أن يسمى الثمن فيقول اذهب بهذا فان رضىته اشترته بعشرة ما إذا لم يسم الثمن فذهب به فملكه عنده لا يضمن نص عليه الفقيه أبو الليث في العيون قيل وعليه الفتوى وقال محمد بن مسلمة البلخي (الاول قول أبي حنيفة والثاني قولهما كما في بيع أم الولد والمدر على ما بينه ان شاء الله تعالى

والباطل لا يفيد ملكا التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون أمانة عند بعض المشايخ لأن العقد غير معتبر في قبض باذن المالك وعند البعض يكون مضمونا لأنه لا يكون أدنى حال من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول أبي حنيفة رحمه الله والثاني قولهما كما في بيع أم الولد والمدر على ما بينه ان شاء الله دين سماري باطل وهذا سهل وانما الاشكال في جعل حكمه المالك انفاقه نظر نذكره ان شاء الله تعالى ثم قال (أما بيع الخمر والخنزير) يعني اذا جعل المبيعها (فان كان بالدين كالدرهم والدنانير فالبيع باطل وان كان بعين) بيع المعاوضة (ففساد الفرق أن الخمر مال) في الجسلة في شرع ثم أمر باهانتها في شرع نسخ الاول وفي تملكه بالعدة سودا اعزازه حيث اعتبر المقصود من تصرف العدة بخلاف جعله ثمنا واذا بطل كون الخمر مبيعا فلان يبطل اذا جعل المبيعا والخمر مبيعا أولى ومقتضى هذا أن يبطل في المعاوضة بطريق أولى لان كلامهما مبيع لكن لما كان كل منهما ثمنا أيضا كان كلامهما مبيعا ثبت صحة اعتبار الثمن في البيع في كل منهما فاعتبر الخمر ثمنا والثوب مبيعا والعكس وان كان يمكننا لكن ترجع هذا الاعتبار لما فيه من الاحتياط لقرب من تصح تصرف العدة المالكين باعتبار الاعزاز للثوب مثلا فيبقى ذكر الخمر معتبرا للاعزاز للثوب لا للثوب للخمر فوجب قيمة الثوب لا الخمر ولا فرق بين أن تدخل الباء على الثوب أو الخمر في جعل الثوب المبيع وجه البطلان في بيع هذه الاشياء النص لقوله صلى الله عليه وسلم عن الله تعالى ثلاثة أنا خصمهم يوم القيمة رجل باع ثوبا على ثوبين ثم غدر ورجل باع حوافا كل ثمنه ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعطه أجره ومعنى أعطى في أعطى ذمة من الذمات ذكره في صحيح البخاري وقوله صلى الله عليه وسلم في الصحيح لعن الله الخمر إلى أن قال وباتعها وفي الصحيح لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فعملوا بها فباعوها فآكلوا منها وحديث أن الله تعالى اذا حرم شيئا حرم ثمنه وأما الاجماع فظاهر ثم المراد بالميتة التي يبطل العقد بها وعليها التي ماتت حتف أنفها أما المتخففة والموقوفة فهي وان كانت في حكم الميتة شرعا فانا نعتك بجوازها اذا وقعت بينهم لان مال عندهم كالخمر كذا ذكره المصنف في التمهين مطلقا عن الخلاف وفي جامع الكرخي يجوز بينهم عند أبي يوسف خلافا لمحمد وجه قول محمد أن أحكامهم كاجسامهم اشترعا لا ما استثنى بعد الامان والذي استثنى الخمر والخنزير فبقى ماسوى ذلك على الاصل واتفق الرواة عن أبي حنيفة أن بيع الاشربة المجرمة تجوز والخنزير ومنع جواز كل ما حرم شربه وثبت الضمان على القولين فرع الاختلاف في جواز البيع وقوله في الذخيرة في المتخففة ونحوها البيع فاسد لا باطل صحيح لانها وان كانت ميتة عندنا فهي مال عند أهل الذمة فيجب أن البيع فاسد فكانت كالخمر (الباطل لا يفيد ملكا التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه) أي في البيع الباطل (يكون أمانة عند بعض المشايخ) هو أبو نصر بن أحمد الطواويسي وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة (لأن العقد غير معتبر في قبض) بمجرد (القبض باذن المالك) وذلك لا يوجب الضمان (وعند البعض) كشمس الأئمة السرخسي وغيره (يكون مضمونا) بالمثل أو القيمة وهو قول الأئمة الثلاثة (لأنه لا يكون أدنى حال من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول أبي حنيفة رحمه الله والثاني قولهما ك) الخلاف الكائن بينهم في (أم الولد والمدر) اذا بيعا فانا عند المشتري لا يضمن ما عند أبي حنيفة ويضمن ما عندهما والمقبوض على أو أراد أن كل واحد منهما مال متقوم عند البعض أي عند أهل الذمة (قوله ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه) أي في البيع الباطل يكون أمانة عند بعض المشايخ ففهم الشيخ الامام أحمد الطواويسي وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله وعند البعض يكون مضمونا ومنهم الشيخ الامام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله والفاسد يفيد الملك عندنا تصال القبض به اذا كان القبض باذن المالك ففسده اتفاق الروايات على أن المشتري يملكه وأما اذا قبضه بعد الافتراق عن المجلس بغير اذن البائع هل يملك ذلك كثر في المأذون أنه لا يملك قالوا ذلك محمول على ما إذا كان الثمن شيئا لا يملكه البائع بالقبض كالخمر والخنزير وما إذا كان الثمن شيئا يملكه البائع فقبض الثمن منه يكون اذنا له بالقبض كذا ذكره الامام قاضيان رحمه الله في الجامع الصغير وعند

والفاسد يغيب الملك عند اتصال القبض به) أي إذا كان ذلك القبض باذن المالك بافتقار الروايات وأما إذا قبضه بعد الافتراق عن المجلس فغير
اذن البائع ذكر في المأذون انه لا يملك قالوا ذلك محمول على ما إذا كان الثمن شيئاً يملكه البائع بالقبض كالخمر والخنزير وأما إذا كان شيئاً يملكه
فقبض الثمن منه يكون اذناً بالقبض فان قيل لو أفاد ذلك المالك لخازن المشتري وطه جارية اشتراها فاسداً وجازاً أخذ الشفعة للشفعة في
الدار المشتراة بشراء فاسد ويحل أكل طعام اشتراه كذلك لأن المالك مطلق له لكن ليس له ذلك فالجواب ان ما لم يحل وطوها أو أكلها لم يثبت
الشفعة فيها ذكر لان في الاشتغال بالوطه والاكل اعراض عن الرد في القضاء بالشفعة تعذر بالفاسد وتأكيده فلا يجوز واعلم ان المشايخ
اختلفوا في معنى جواز التصرف للمشتري في المشتري بشراء فاسد فذهب العراقيون (٤٥) الى انه مبني على تسليط البائع على

ذلك لا على ملك العين واستدلو

بالمسائل المذكورة قالوا

لو ملك العين للمالك الامور

المذكورة ولم يملكها

وذهب مشايخ بلخ الى ان

جواز التصرف بناء على

ملك العين واستدلو بما إذا

اشترى داراً بشراء فاسد

وقبضها فبيع بمنها دار أخرى

فالمشتري أن يأخذها

بالشفعة لنفسه ولو اشترى

جارية بشراء فاسد وقبضها

ثم ردها على البائع وجب

عليه الاستبراء ولو باع الاب

أو الوصي عبد يتيم بيعاً فاسداً

وقبضه المشتري ثم اعتقه

جازه عتقه ولو كان عتقه على

وجه التسليط لما جاز لان

عتقهما أو تسليطهما على

العتق لا يجوز فعلم بهذه

الاحكام انه ملك العين

وأجابوا عن المسائل

المذكورة بما ذكرنا قبل

وهو الاصح وإذا كان مفيداً

للملك عند اتصال القبض

به كان المبيع مضموناً في يد

المشتري فيه أي في البيع

الفاسد وفيه خلاف الشافعي

نعم والى الفاسد يغيب الملك عند اتصال القبض به ويكون المبيع مضموناً في يد المشتري فيه وفيه خلاف الشافعي
رحمه الله وسنبينه بعد هذا وكذا بيع الميتة والدم والخمر باطل لانها ليست أموالاً فلا تكون محل البيع
وأما بيع الخمر والخنزير ان كان قبل بالدين كالدرهم والدنانير فالبيع باطل وان كان قبل بعين فالبيع
فاسد حتى يملك ما يقابلها وان كان لا يملك عين الخمر والخنزير ووجه الفرق ان الخمر مال وكذا الخنزير مال عند
أهل الذمة الا أنه غير متقوم لما أن الشرع أمر بآهائه وترك اعزازه وفي ملكه بالعقد مقصود اعزازه وهذا

سوم الشراء هو المأخوذ للمشتري مع تسمية الثمن بلا ابرام يبيع كان يقول اذهب بمذاقاً من رصيته اشتريته
بعشرة فإذا هلك ضمن قيمته فإذا ضمن هذا مع انه لم يوجد فيه صورة العلة فلان ضمن فيما نحن فيه مع انه وجد
ذلك أولى ولين ينصر المروي عنه من عدم الضمان ان الضمان في المقبوض على سوم الشراء ان قلت انه
عند صحة كون المسمى ثمناً كالدرهم على ما ذكرنا من قوله ان رصيته اشتريته بعشرة سلمناه وهو متفق في تسمية
المحرم كالخمر وان قلت عند التسمية مطلقة مانعة فيجب تفصيله وهو انه ان كان البطلان لعدم مالية الثمن أصلاً
لا يضمن وان كان لعدم المبيع كالمواضع على أنه ياقوت فإذا هو زجاج ضمن جميع دراهم مثلاً فقبضه يصير مضموناً
(والفاسد يغيب الملك عند اتصال القبض به) اذا كان القبض باذن المالك بافتقار الروايات فيملكه ويصير مضموناً
عليه بالمثل ان كان مثلياً أو القيمة وكذا اذا قبضه في مجلس العقد بغير اذنه على الصحيح وفي خبر مجلس العقد هل
يملكه سيأتي تمام هذه المسائل في أحكام البيع الفاسد وكذا الخلاف في أن المالك التصرف أو العين ووجه
لزوم القيمة وما عليه من الاشكال وقوله (وفيه) أي في ثبوت الملك بالقبض في البيع الفاسد (خلاف
الشافعي وكذا مالك وأحمد باعتبار أن الفاسد هو عندهم الباطل وسبب منه المصنف في فصل الاحكام

مشايخ بلخ رحمهم الله الفاسد يغيب ملك العين وعند مشايخ العراق يغيب ملك التصرف لملك العين ولهذا لا
يجوز للمشتري أن يطا جارية اشتراها بشراء فاسد ولا شفعة في الدار المشتراة به ولا يحل أكل طعام اشتراه به
وأما مشايخ بلخ رحمهم الله فقالوا ان جواز التصرف له بناء على ملك العين وهو الاصح بقليل أن من اشترى داراً
بشراء فاسد وقبضها فبيع بمنها دار أخرى فلا يشتري أن يأخذ تلك الدار بالشفعة لنفسه وكذا لو اشترى جارية
بشراء فاسد وقبضها ثم ردها على البائع وجب عليه الاستبراء ولو باع الاب أو الوصي عبد يتيم بيعاً فاسداً
وقبضه المشتري واعتقه جازه عتقه ولو كان عتقه على وجه التسليط لما جاز لان عتقهما أو تسليطهما على
العتق لا يجوز فعلم بهذه الاحكام انه ملك العين وانما لم يحل وطه الجارية المشتراة بشراء فاسد لان في
الاشتغال بالوطه اعراض عن الرد قال الامام الحلواني رحمه الله يكره الوطه ولا يحرم كذا في التيممة ولم يثبت
الشفعة لان في قضاء القاضي بالشفعة تأكيد الفساد وتقريره ولا يحل أكل طعام فيه من الاعراض عن الرد
(قوله ان كان قبل بالدين كالدرهم والدنانير) فسر الدين بهما لانهم ما ائتمن أبداً لانهم ما ائتمن

وسنبينه بعد هذا في أول الفصل الذي يلي هذا الباب (قوله وكذا بيع الميتة) يعني كان البيع بهذه الاشياء باطل فكذا بيع هذه الاشياء لانها
ليست أموالاً فلا تكون محل البيع وأما بيع الخمر والخنزير فلا يحلوا ما أن يكون بالدين كالدرهم والدنانير أو بالعين فان كان الاول فالبيع
باطل لا يغيب ملك الخمر ولا ما يقابلها وان كان الثاني فالبيع فاسد لا يغيب ملك الخمر ولا يغيب ملك ما يقابلها من ائتمن بالقبض ووجه الفرق بين
الصورتين ان الخمر مال وكذا الخنزير عند أهل الذمة الا أنه غير متقوم أي غير معزز يقابله قيمة ثلاث الشراء أمر بآهائه وترك اعزازه وما أمر
الشرع بتترك اعزازه لا يكون معزوزاً فلا يكون متقوم ما وفي ملكه بالعقد مقصود أي يجعله مبيعاً اعزازه وهو خلاف المأمور به وبينا نه

(قوله فالجواب انما لم يحل وطوها) أقول وسيجيء في فصل أحكام بيع الفاسد منع قوم حصل تناول الطعام المشتري شراء فاسداً وعدم حل
وطه الجارية المشتراة كذلك (قوله الا أنه غير متقوم أي غير معزز) أقول عز لازم فالظاهر ان يقول غير معزز

ما ذكره بقوله وهو ذلانه متى اشتراها بالدرهم والدنانير فالدرهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما انما يجب في الذمة وانما المقصود النحر وفي جملة ذلك خلاف المأمور به فيسقط التقويم أصلاً لا يفضي الى خلاف المأمور به وحينئذ يكون البيع باطلاً بخلاف ما اذا اشترى الثوب بالنحر لان المشتري الثوب بغيره مبيعاً (٤٦) يقصد تلك الثوب بوسيلة النحر وفيه اعزاز للثوب دون النحر فلم يكن ذكرها لنفسها بل

لانه متى اشتراها بالدرهم فالدرهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما انما يجب في الذمة وانما المقصود النحر فيسقط التقويم أصلاً بخلاف ما اذا اشترى الثوب بالنحر لان المشتري الثوب بغيره مبيعاً يقصد تلك الثوب بوسيلة النحر وفيه اعزاز للثوب دون النحر فلم يكن ذكرها لنفسها بل

البيع الفاسد أي بين الوجه من الجانبين (قوله وبيع أم الولد والمدير والمكاتب فاسد) هذا الغلط القدوري قال المصنف (ومعناه باطل لان استحقاق الحرية بالعتق ثابت لكل منهم) بجهة لازمة على المولى لقوله صلى الله

الاصل ثمن الاشياء وقسمتها قال الله تعالى وشراءهم بمسكنة فسر الثمن بالدرهم وقال الفراء الثمن ما يكون في الذمة والدرهم والدنانير لا يتعينان على أصلنا في عقود المعاوضات وانما ينعقد على مثلها ديناً في الذمة فجعلوا الدرهم والدنانير اثماً نالها والاعيان التي ليست من ذوات الامثال كغير المكيلات والموزونات مبيعة أبداً والمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فهي مبيعة وثمن فان قابلهما بالدرهم والدنانير فهي مبيعة وان كان في مقابلهما عين فان كانت المكيلات والموزونات معينة فهي مبيعة وثمن لان البيع لا بد له من مبيع وثمن وليس أحدهما بان يجعل مبيعاً بائناً من الآخر لان المكيل والموزون يتعينان في البياعات كالعروض فعملنا كل واحد منهما مبيعاً من وجهه ثمنان ووجهه وان كانت المكيلات والموزونات غير معينة فان استعملت استعمال الاعنان فهو ثمن نحو أن يقول اشتريت هذا العبد بكذا كذا حنطة ويصف ذلك وان استعملت استعمال المبيع كان مبيعاً بان قال اشتريت منك كذا حنطة بهذا العبد فلا يصح العقد الا بطريق السلم (قوله فيسقط التقويم أصلاً) أي لم يظهر حكم التقويم في نفسه ولا فيما يقابله من الدراهم والدنانير لان الثمن ثبت في الذمة بالعقد وثبوته في الذمة انما يكون حكماً انما لا يكون بمقابلة تلك المال آخر فاذا لم يوجد ذلك لا يثبت في الذمة فلا يثبت فيه الملك لاستحالة ثبوت الملك في المدة فيبطل العقد أصلاً وان كان قول بل بعين ظهر حكم التقويم في حق تلك العين فصار العقد منقداً في حق العين ولم يصح تسمية النحر في نفسه فيكون العقد واقعاً بقيمة العين لانه لا يمكنه ان يكون بل بعرض وقد تعذر مقابله بذلك العرض اذ لا قيمة لذلك العرض فيصار الى قيمة هذا العرض ضرورة والعقد الصحيح يقع مضموناً بالقيمة وكذلك القبض بحق العقد حتى اذا اشترى شيئاً هو عنده مضمون بالقيمة لم يتحقق القبض جديداً للمشتري حتى يكون الهالك عليه ويتم العقد الآن ضمان القيمة لا يظهر لقيام المشرط بينهما براضيهما وهو الثمن مقام ذلك لهذا نقول المقبوض بسوم الشراء مضمون بالقيمة لان الثمن بعد لم يثبت فلم يسقط الضمان الاصل وهو ههنا بالفساد لم يجب الثمن بنفس الشرط فلم يسقط الضمان الاصل في وجوب القيمة حتى تم العقد بالقبض ووقع الملك بالضمان الذي يوجب العقد متى انعقد البيع ولم يظن غيره (قوله وكذا اذا باع النحر بالثوب) أي يكون البيع فاسداً لا باطلاً وان كان فيه شبهة كون النحر مبيعاً لدخول الباء في الثوب ولكن قد ذكرنا ان المكيلات والموزونات اذا كانت معينة فهي مبيعة وثمن والكلام فيما اذا كان النحر والثوب معينين فلما كان في النحر جهة الثمنية رجحنا جانب الفساد على جانب البطلان صونا لتصرف العاقلين المسلمين عن الالغاء والبطلان بقدر الامكان (قوله لكونه مقايضة) المقايضة هي بيع العرض بالعرض سمي بهما التساوي العوضين في العينية يقال هما قيسان أي متساويان (قوله لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد) وتفسير حق العتق هو استحقاق لا بدخل

لغيرها وليس في ذلك اعزازها ولا خلاف ما أمر به فلا يكون باطلاً وفسدت التسمية ووجب قيمة الثوب دون النحر وكذا اذا باع النحر بالثوب يكون البيع فاسداً وان وقع النحر مبيعاً والثوب ثمناً بدخول البائع لكونه مقايضة وفيها كل من العوضين يكون ثمناً ومثماً فلما كان في النحر جهة الثمنية رجحنا جانب الفساد على جانب البطلان صونا لتصرف عن البطلان بقدر الامكان قال (وبيع أم الولد والمدير والمكاتب فاسد) أي باطل وانما فسر به بذلك لثلاثهم انه يفيد المال بائناً بالقبض والامر بخلافه والدليل على ذلك ما ذكره بقوله لان استحقاق العتق قد ثبت الخ وتحقيقه ان بين استحقاق العتق وثبوت الملك بالبيع منافاة لان استحقاقه عبارة عن جهة حرة لا يدخل عليها الابطال وثبوت الملك يبطلها وأحد المتنافيين وهو الاستحقاق ثابت لقوله صلى الله عليه وسلم أعتقها ولدها فبنتي لا تخولها قال هو مسترولك الظاهر لانه لوجب حقيقة العتق وأتم

تكمالونه على حقه فلا يصلح دليلاً لان الجازم ارباب الاجماع وكذلك المناقاة ثابتة بين

اعتقها

قال المصنف (وبيع أم الولد والمدير والمكاتب فاسد ومعناه باطل) أقول قال الذي يلي أي في حق نفسه لا فيما يقابله انتهى فان ما يقابله يملك بالقبض الا أنه سيجي في آخر هذا الباب ان البيع فيما ذكره موقوف (قوله لا يدخل عليها الابطال) أقول ولتخصم أن ينزع فيه

انعدام سبب الحرية في حق المدبر في الحال وبين ثبوت الملك بالبيع لثباتي الوازم لان الملك مع الحرية لا يجتمعان فكذلك سبب الحرية والبيع
وأحد المتنافيين وهو سبب الحرية ثابت في الحال لانه لو لم يكن ثابتاً في الحال لكان ما غير ثابت مطلقاً وثابتاً بعد الموت والاول باطل لانه يستلزم
اهمال لفظ المتكلم العاقل البالغ والاعمال أولى وكذلك الثاني لان ما بعد الموت حال بطلان الاهلية في قلنا انه ينعدم سبب ما بعد الموت احتجنا
الى بقاء الاهلية والموت يتنافى فادعت الضرورة الى القول بانعدام التدبير سبباً في الحال وتأخر الحكم الى ما بعد الموت وكذلك بين استحقاق
المكاتب يداعلي نفسه لازمة في حق المولى وبين ثبوت الملك منافاة لكن استحقاق البدل لازمة في حق المولى ثابتة لانه لا يملك فسخ الكتابة بدون
رضا المكاتب فيمتن في الآخر وانما قيد بقوله في حق المولى لانه لا يملك فسخ الكتابة بدون رضا المكاتب لانه لا يملك فسخ الكتابة بدون رضا المكاتب
هو لانه كان كبيع الجور حينئذ بطل بيع القن المضموم اليهم في البيع كالمضموم الى الحر والامر بخلافه فالجواب ان بيع الحر باطل ابتداء
وبقاء لعدم محلبة البيع أصلاً بثبوت حقيقة الحرية وبيع هو باطل بقاء لحق الحرية لا ابتداء لعدم حقيقة تفاوت الفرق بينهما وبين ولها جاز
بيع أم الولد والمدبر والمكاتب من أنفسهم ولو قضى القاضي بذلك نفذ قضاءه وإذا (٤٧) كان كذلك دخلوا في البيع ابتداء

لكونهم محلالة في الجلالة انهم
خرجوا منه لتعلق حقهم
فبقى القن حصته من الثمن
والبيع بالخصه بقاء جاز
بخلاف الحر فانه لم يدخل
لعدم المحلبة لزم البيع
بالخصه ابتداء وبطل
على ما يجي وقال (ولورضى
المكاتب بالبيع فغلبه
روايتان والاطهر الجواز
الح) لان عدمه كان لحقه
فلما أسقط حقه برضاه
انفسخت الكتابة وجاز
البيع وروى في النوادر انه
لا يجوز والمراد من المدبر هو
المطلق دون المقيد بالتفويض
المدبر في التدبير وفي المطلق
خلاف الشافعي وقد تقدم
ففيه وان ماتت أم الولد أو
المدبر في بد المشتري فلا ضمان
عليه عند أبي حنيفة وقال
يجب عليه قيمته ما هو روية
عن أبي حنيفة وهذا ليس على

أعنتها ولها وسبب الحرية انعدم في المدبر في الحال لبطلان الاهلية بعد الموت والمكاتب استحق يداعلي
نفسه لازمة في حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز ولورضى المكاتب بالبيع فقبحه روايتان
والاطهر الجواز والمراد المدبر المطلق دون المقيد وفي المطلق خلاف الشافعي رحمه الله وقد ذكرناه في العتاق
عليه وسلم في أم الولد (أعنتها ولها) وأقل ما يقتضيه هذا اللفظ ثبوت استحقاقها لعتق على وجه اللزوم
وبتصح التدبير شرعاً وتخصيصه بوجوب انعدام التدبير سبباً بالعتق في الحال لان قضاء اهلية الاعتاق عن السيد
بعد موته والاجماع على عتقه بعد ذلك اللفظ فكان ذلك اللفظ سبباً في الحال (والمكاتب استحق يداعلي نفسه
لازمة في حق المولى) حتى لا يملك فسخ الكتابة (فلو ثبت الملك) للمشتري (بالبيع بطل ذلك كله فلا يجوز)
البيع ولا يقيده الملك من البيع فهو باطل وذكري الاصل حديث سعيد بن المسيب قال أمر رسول الله صلى
الله عليه وسلم بعتق أمهات الاولاد من غير الثابت وقال لا يبيعن في دين وحديث أعنتها ولها تقدم في باب
الاستيلاء وإذا كان أقل ما يوجب هذا اللفظ ثبوت استحقاق الحرية على وجه لازم فالجواز مراد منه بالاجماع
(ولورضى المكاتب فقبحه روايتان والاطهر جواز بيعه) وتنفسخ الكتابة في ضمنه لان الازم كان لحقه
وقدرضى باسقاطه (والمراد) بالمدبر (المدبر المطلق) وتقدم خلاف الشافعي رحمه الله في جواز بيعه في كتاب
العتاق أما المقيد فجواز بيعه اتفاق واستشكل حكم المصنف بان بيع المدبر وأخويه باطل فانه يوجب كونهم
كالحر ولو كانوا كالحر لبطل بيع القن اذ جاع مع مدبراً وأم ولداً ومكاتب كالأصنام الى حر وهو مستغف
بل يصح بيع القن ويلزم مشترهم ما حصته من الثمن المسمى وأوجب بان المراد من قوله باطل أنهم لا يملكون
بالقبض كالأعمال الحرة كانوا مثله فلو قال فاسد ظن أنهم يملكون وأما تملك القن المضموم اليهم فلدخولهم في
البيع لصالحيتهم لذلك بدليل جواز بيع المدبر من نفسه ولذا لو قضى قاض بجواز بيعه ففسد وكذا أم الولد
عند أبي حنيفة وأبي يوسف في أصح الروايتين وهذا الجواب بما يوجبهم أنه يبيع فاسد ولكنه خص حكم
الفاصل بعدم الملك بالقبض والحق أن لا حاجة الى الحكم بتخصيص فهو باطل وحكمه حكمه وجزاءه يختلف
عليه الابطال كذا في الجامع للفخر الاسلام (قوله لازمة في حق المولى) حتى لا يملك المولى فسخ الكتابة ولا

ظاهره بل الروايتان عنه في حق المدبر وروى المعلى عن أبي حنيفة انه يضمن قيمة المدبر بالبيع كما يضمن بالغصب وأما في حق أم الولد فانفتحت الروايات
عن أبي حنيفة انها لا تضمن بالبيع والغصب لانهم لا تقوم لسياليتها والفرق لابي حنيفة بين ضمان الغصب في المدبر وضمن بيعه في غير رواية المعلى ان
ضمان البيع وان أشبه ضمان الغصب من حيث الدخول في ضمانه بالقبض لكن لا بد من اعتبار جهة البيع لان الملك انما يثبت بهذا الاعتبار
فاذا لم يكن محللاً للبيع انهم دلت هذه الجهة في قبضها باذن المالك فلا يجب الضمان لهما انه أي كل واحد منهما من المدبر وأم الولد مقبوض بجهة
البيع لان المدبر وأم الولد يدخلان تحت العقد حتى يملك بالضم اليهما في البيع كما مر آنفاً وما هو كذلك فهو مضمون كسائر الاموال المقبوضة
على سوم الشراء فان قيل لو كان الدخول تحت البيع وتملك ما يضمن اليه موجباً للضمان لكان في المكاتب كذلك أجاب بقوله بخلاف
المكاتب لانه في نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وتحقيقه ان المدار هو القبض لا الدخول في العقد وثمة المضموم

(قال المصنف وقال عليه قيمته ما هو روية عنه) أقول قوله وهو أي يضمن قيمة المدبر دون أم الولد في كلامه تساهل وسجى في باب كتابة
العبد الماشترى من الاكل وغيره ان في تعويم أم الولد وايتين عن أبي حنيفة

قال (وان ماتت أم الولد أو المديبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أي حنيئة وقال عليه قيمتهما) وهو رواية عنه له - ما انه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر الاموال وهذا لان المديبر وأم الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضمن اليه - ما في البيع بخلاف المكاتب لانه في يده نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان به وله أن جهة البيع انما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة

أفراد نوع شرعي في الحكم الشرعي لخصوصية فان قبل التخصيص لازم على كل حال فانه ان كان فاسدا فلا يملك بالقبض فهو تخصيص وان كان باطلا فهو يدخل في البيع حتى يملك القن المضمون اليه وهذا تخصيص للباطل فليكن فاسدا لخصوصية من حكم الفاسد فلا حاجة الى تأويله بالباطل قلنا نعم لم نعط حكم الباطل انه لا يدخل في العقد بوجه يلزم تخصيصه ويتخذ للزوم على تقدير تأويل الفاسد بالباطل وعدمه انما قلنا حكمه ان لا يملك بالقبض غاية الامر أنه اتفق ان بعض ما هو مبيع باطل يدخل في العقد كالمديبر وبعضه لا يدخل كالخمر وأصل السؤال فاسد لانه مغالطة لان قوله في الكبرى لو كان كالحرم يملك القن المضمون اليه ممنوع وانما يلزم لو كان مثله من كل الوجوه وهو منتف فصار حاصل الصورة لو كان باطلا كان كالحرم في بعض الوجوه ولو كان مثله في بعض الوجوه لم يملك القن المضمون وحينئذ فعدم الاستلزام ظاهر (قوله وان ماتت أم الولد والمديبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أي حنيئة وقال عليه قيمتهما للبايع وقولهما) هذا (رواية عنه) وفي النهاية ان الراي بين من في المديبر أم أم الولد فبا تفاق الراي بان عنه لا يضمن المشتري ولا الغاصب قيمتهما اذ لا تقوم لام الولد عنده وانما تضمن بما يضمن الصبي الحر اذا غصب ومعنا انه اذا نقلها الى أرض مسبعة أو كثيرة الحيات فماتت بنهش حية أو افتراس سبع فيها الدية على عاقلة الغاصب كما هو في غصب الصبي بشرطه أما المديبر فيضمن في البيع والغصب على روايته ما هذه (لهما) في ضمان المديبر وأم الولد (انهما مقبوضان بجهة البيع فيكونان مضمونين عليه) بالقبض (كسائر الاموال) المقبوضة على سوم الشراء (وهذا) أي كونهما مقبوضين بجهة البيع بسبب انهما يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضمن اليه مما يصح تملكه وتعليكه واذا قبض بعد لفظ العقد عليه وهو فيما يصح أن يباع في الجلة على ما ذكرنا من قريب فهو مقبوض بجهة البيع (بخلاف المكاتب لانه في يده نفسه) لانه حريدا فلا يضمن بقضه على احدي الراي بين التي تبطل بيعه وان دخل تحت البيع اذا ضم اليه القن فلا يتحقق في حقه القبض (وهذا الضمان بالقبض) وقد يجعل المشار اليه بقوله وهذا كونهما مضمونين بالقبض وما صرنا اليه أحسن ان شاء الله تعالى لان المذكور بعده تعليل للمشار اليه وكونهما مضمونين بالقبض يصح تعليله بما قبله من كونهما مقبوضين بجهة البيع فيناسب كون التعليل لما لم يعمل اذا صلح له وهو صالح بل انصابه ليس الاعليه فانه دعوى انه مقبوض بجهة البيع ببيان أنه يدخل تحت البيع وأما كونه مقبوضا بفرض وقوعه حسا وأما نفسه المقبوض بجهة البيع بانه المقبوض يشتري بعد القبض ان واقعه فلو صح لزوم أن لا يضمن لانهما لم يقبضا ليشترى بعد القبض ان واقعا قبل قبضه الموافقة وانما تمام البيع بزمعهما فالذكر كونه مقبوضا على سوم الشراء فلا يكونان مقبوضين بجهة البيع فلا يضمنان فالحق أن المقبوض أهم من ذلك وهو مما صدقات المقبوض بجهة البيع فالمقبوض بجهة البيع يصدق على المقبوض في البيع الصحيح والفاسد والباطل وعلى سوم الشراء وذلك التفسير يخص المقبوض على سوم الشراء وما نحن فيه ليس مقبوضا على سوم الشراء والاصار الاصل عين الفرع فالمقبوض على سوم الشراء هو الاصل فيما نحن فيه والمقبوض بالعقد الباطل هو الفرع الملق (وله) أن جهة البيع انما تلحق بحقيقة البيع فيما يقبل حقيقة (أي حقيقة حكمه وهو الملك لان ضمان القيمة في البيع انما هو مقابل يملك المبيع فلا بد من اعتبار جهة البيع ولا ملك متصور ههنا مع اعتبار جهته فيبقى مجرد قبض باذن المالك فلو أو جبنها كان عدوانا محضا بخلاف ضمان الغصب في المديبر عنده فانه لا يستدعي ذلك يكون لازما من جهة المكاتب حتى يملك أن يجز نفسه (قوله حتى يملك ما يضمن اليه) كما اذا جمع بين قن

ولاني حنيئة ان جهة البيع انما توجب الضمان في الاموال الخاف بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما أي أم الولد والمديبر لا يقبلان حقيقة البيع فلا تلحق الجهة بها نصارا كالمكاتب في كونه غير قابل للحقيقة

(قوله وليس دخولهما) جواب عن قولهما يدخلان تحت البيع ومعناه ان فائدة الدخول لا تنحصر في نفس الداخل لجواز ان تكون عائدة الى غيره كنبوت حكم البيع فيما ضم اليهما وليس ذلك بمستبعد بل نظير في الشرع (٤٩) وهو اذا باع عبدا مع عبد المشتري من

المشتري فانه يقسم الثمن على قيمتهما فيأخذ المشتري عبد البائع بحصته من الثمن فيصح البيع في حق عبد البائع فكذلك هذا قال (ولا يجوز بيع السهمك في الماء قبل أن يصطاده) بيع السهمك قبل الاصطياد بيع ما لا يملكه البائع فلا يجوز واذا اصطاده ثم ألقاه في الحظيرة فلا يخلو اما أن تكون صغيرة أو كبيرة لا يمكن الاخذ منها الا بشكاف واحتيال فان كانت كبيرة لا يجوز لانه غير مقدور التسليم وان كانت صغيرة جاز لانه باع مقدور التسليم واذا سلمها الى المشتري فله خيار الرتبة وان رآها في الماء لان السهمك يتفاوت خارج الماء فصار كأنه اشترى ما لم يره (قوله الا اذا اجتمعت) استثناء من قوله جاز يعني الحظيرة اذا كانت صغيرة تؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد عليها المدخل فانه لا يجوز لعدم الملك وهو استثناء منقطع لكونه غير مستثنى من الماخوذ الملقى في الحظيرة واجتمع بنفسه ليس بداخل فيه وفيه اشارة الى أنه لو سد صاحب الحظيرة عليها لم يملكها أما مجرد

البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق أنفسهما وانما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما فصار كالمشتري لا يدخل في حكم عقده بانقراده وانما يثبت حكم الدخول فيما ضمه اليه كذا هذا قال (ولا يجوز بيع السهمك قبل أن يصطاد) لانه باع ما لا يملكه (ولا في حظيرة اذا كان لا يؤخذ الا بصيد) لانه غير مقدور التسليم ومعناه اذا أخذ ثم ألقاه فيها ولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك

الاعتبار فكان بمنزلة القبض بغير اذن المالك وهذا الاذن موجود ودخولهما في البيع ليس الا ليثبت حكمه فيما ضم اليهما فقط مع انتفاء المانع وهو عدم الصلاحية لما ذكرنا من ثبوته من قريب (فصار كالمشتري لا يدخل في حكم عقده بانقراده) ويدخل اذا ضم البائع اليه مال نفسه وباعه ما له صفقة واحدة حيث يجوز البيع في المضموم بالخصة من الثمن المسمى على الاصح وان كان قد قيل انه لا يصح أصلا في شيء واذا قسم الثمن على قيمتي المضموم وأم الولد والمدير فاعلم أن قيمة أم الولد ثلث قيمته وقيمة المدير ثلثا قيمته فتأويل نصها هو به يفتى وتقدم ذلك في الاعتاق (قوله ولا يجوز بيع السهمك في الماء) بيع السهمك في البحر أو النهر لا يجوز فان كانت له حظيرة فدخلها السهمك فاما أن يكون أعدها لذلك أو لا فان كان أعدها لذلك فادخلها ملكه وليس لاحد أن يأخذها ثم ان كان يؤخذ بغير حيلة اصطادا جاز بيعه لانه مملوك مقدور التسليم مثل السهمكة في حب وان لم يكن يؤخذ بالبحيلة لا يجوز بيعه لعدم القدرة على التسليم عقيب البيع وان لم يكن أعدها لذلك لا يملك ما يدخل فيها فلا يجوز بيعه لعدم الملك الا أن يسد الحظيرة اذا دخل فحينئذ يملكه ثم ينظر ان كان يؤخذ بالاحيلة جاز بيعه والا لا يجوز ولو لم يعدها لذلك ولكنه أخذ ثم أرسله في الحظيرة فملكه فان كان يؤخذ بالاحيلة جاز بيعه لانه مملوك مقدور التسليم أو بحيلة لم يجز لانه وان كان مملوكا فليس مقدور التسليم وقال أبو يوسف في كتاب الخراج رخص في بيع السهمك في الاتجام أقوام فكان الصواب عندنا في قول من كرهه حد ثنا العلاء ابن المسيب بن رافع عن الحرث العكلي عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال لا تباعوا السهمك في الماء فانه شر وأخرج مثله عن ابن مسعود ومعلوم أن الاجتهاد قد يؤخذ منها السهمك باليد والغر والخطر وغير المملوك على خطر ثبوت الملك وعدمه فلذا جعل من يبيع للخطر * (فروع) * من مسائل التهيئة حفر حفرة فوقع فيها صيد فان كان اتخذها للصيد ملكه وليس لاحد أخذه وان لم يتخذها له فهو لمن أخذته نصب الشبكة للصيد فتعلق بها صيد ملكه فلو كان نصيبا ليعطها من بل فتعلق بها الا يملكه وهو لمن يأخذها الا أن ياتي فيجوز له ومثله اذا هياجره لوقوع النشابة ملك ما يقع فيه ولو وقع في حجره ولم يكن هياه لذلك فلو احداث بسبق فيأخذ منه ما لم يكف حجره عليه وكذا من هيا مكانا للسرقة فيه ما طرح فيه عند البعض وفي فتاوى الفضلي خلاف هذا قال أهل مكة رمون في ساحته رجل الرماد والتراب والسرقة هولين بسبق سواء هيا المكان له أو لا أما النحل اذا غسل في أرض انسان فهو له بكل حال لانه ليس صيدا بل قائم باصله بأرضه كاشجر والزرع والبيض كالصيد

ومدبر مع البيع في القن ولو لم يدخل في البيع لما انعقد على القن ككلو جمع بين حرقن (قوله وليس دخولهما في البيع في حق أنفسهما) لانهم ليسا بمملوكي البيع فلا يبيد دخولهما في البيع في حق أنفسهما وانما ذلك ليثبت الحكم في المضموم اليه فان قيل ينبغي أن يكون في ضم الحر الى العبد هكذا قلنا الحر ليس بمال فلا يمكن دخوله في البيع أما المدير وأم الولد فقال وانما امتنع البيع لتضمنه بطلان الحرية (قوله فصار كالمشتري) كذا اشترى من غيره عبدا نفسه وعبدا البائع صفقة واحدة فان عبده يندخل في شرائه ليثبت الملك في حق الاخر وهذا لانهم جازان من وجه فدخل تحت البيع في حق انعقاد العقد دون الحكم

(٧) - (فتح القدير والكفاية) - سادس (الاجتماع في ملكه فلا يملكوا باض الطير في أرض انسان أو فرست فانه لا يملك لعدم الارحام لا يشكك بما اذا غسل النحل في أرضه فانه يملكه بمجرد اتصاله بملكه من غير أن يحرقه أو يهين له موضعا لان العسل اذ ذاك قائم بأرضه على وجه القرار فصار كالشجر النابت فيها بخلاف بعض الطير وفرسخها والسهمك المجتمعة بنفسه فانها ليست فيها على وجه القرار

قال (ولا يجوز) (يسع الطير في الهواء) يسع الطير على ثلاثة أوجه الأول يسعه في الهواء قبل أن يصطاده وهو لا يجوز لعدم الملك والثاني يسعه بعد أن أخذه وأرسله من يده وهو أيضا لا يجوز لأنه غير مقدور التسليم والثالث يسع طير يذهب ويحيى كالجسام وهو أيضا لا يجوز في الظاهر وذكر في فتاوى قاضيان وأن باع طير له طير في الهواء أن كان داخبا يعود إلى بيته ويقدر على أخذه من غير تكاف جاز يسعه والا فلا (ولا يجوز) (يسع الحبل) أي الجنين (ولانتاج الحبل) وهو (٥٠) حبل الحبل وقد نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الحبل وحبل الحبل والنتاج في

الأصل مصدر تفتح الناقه بالضم ولكن أريد به المنتوج ههنا والحبل مصدر حبل المرأة حبل أفهى حبل فسمى به المحمول كما سمي بالحبل وإنما دخلت عليه التاء اشعار المعنى الانوثة فيه قبل معناه. أن يبيع مأسوف يحمله الجنين أن كان أنثى وكانوا في الجاهلية يعتادون ذلك فابطله رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأن فيه غررا وهو ما طوى عنك علمه قال المغرب في الحديث نهي عن بيع الغرر وهو الخطر الذي لا يرى أي يكون أم لا كبيع السمك في الماء والطير في الهواء قال (ولا اللبن في الضرع للغرر الخ) ويسع اللبن في الضرع لا يجوز لوجوه ثلاثة للغرر لجواز أن يكون الضرع منتفعا بطن ابنوا الغرر منى عنه وللنزاع في كيفية الحلب فإن المشتري يستقصى في الطلب والبائع يطالبه بأن يترك داعية اللبن ولأنه يزاد سلامة فساعة والبيع لم يتناول الزيادة لعدمها عند فختلط المبيع بغيره واختلط المبيع بماله ليس ببيع من

قال (ولا يسع الطير في الهواء) لأنه غير مملوك قبل الأخذ وكذا لو أرسله من يده لأنه غير مقدور التسليم قال (ولا يسع الحبل ولا النتاج) لنهي النبي عليه الصلاة والسلام عن بيع الحبل وحبل الحبل ولأن فيه غررا (ولا اللبن في الضرع للغرر) فعساه انتفاخ ولأنه ينزع في كيفية الحلب وبما زاد فختلط المبيع بغيره قال (ولا الصوف على ظهر الغنم) لأنه من أوصاف الحيوان ولأنه ينبت من أسفل فيختلط

وكذا الغرر لا يملك إلا بأعداد المكان لذلك (قوله ولا يسع الطير في الهواء) لأنه قبل أخذه غير مملوك وبعد أخذه وارسله غير مقدور التسليم عقيب العقد ثم لو قدر على التسليم بعد ذلك لا يعود إلى الجواز عند مشايخ بلع وعلى قول الكرخي يعود وكذا عن الطحاوي وكذا الحكم فيما إذا جعل الطير غنما لأن العين المجعولة غنما مبيع في حق صاحبه وذكر الترمذي لو باع طير يذهب ويحيى كالجسام فأنظر أنه لا يجوز في فتاوى قاضيان وأن باع طير له طير أن كان داخبا يعود إلى بيته ويقدر على أخذه بلا تكاف جاز يسعه والا فلا وقول المصنف فيما يأتي والجسام إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز يسعه لأنه مقدور التسليم بواقفه (قوله ولا الحبل) يسكون الميم مافي البطن من الجنين (ولا النتاج) لمافي السجيجين والسنن عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهي عن بيع حبل الحبل وكان يبيعا يبيعه أهل الجاهلية كان الرجل يبتاع الجزر والى أن تنتج الناقه ثم ينتج الذي في بطنها وفي الموطأ أن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال لا ربا في الحيوان وإنما نهي عن الحيوان عن ثلاث من المضامين والملاقيح وحبل الحبل وأما بطل هذا البيع للغرر فعسى أن لا تلد تلك الناقه أو تموت قبل ذلك وأما باللفظ الذي ذكره المصنف عن بيع الحبل وحبل الحبل فغير معروف والملاقح مافي الارحام جمع ملقوح والمضامين مافي الاصلا وقيل بالعكس جمع مضمون لقحت الناقه ولدها ملقوح به إلا أنهم استعملوه بلباء يقال ضمن الشيء أي تضمنه قوله (ولا اللبن) يجوز بالجر عطفه على المضاف إليه وتقدير المضاف والرفع على أقامته مقام المضاف (للغرر فعلة انتفاخ) وبه قال الشافعي وأحمد وأجازهم مالك أيأما معلومة إذا عرف قدر حلبها أو يكون تسليمه بالخاية كبيع التمر على رؤس النخل وهو مردود بالنهي عن بيع الغرر (لأنه يتنازع في كيفية الحلب) في الاستقصاء وعدمه وهو نزاع في التسليم والتسلم وما وضعت الأسباب الالقطه فبطل قول مالك لذلك وجواز أن يحدث لبن قبل الحلب فيختلط مال البائع بمال المشتري على وجهه يجوز عن التخلص (قوله ولا الصوف على ظهر الغنم) لأنه من أوصاف الحيوان (لأنه يقوم به) ولأنه غير المقصود من الشاة فسكان كالوصف من الذات وهو لا يفرد بالبيع (ولأنه ينبت من أسفل) ساعة فساعة (فيختلط

علا باللبين بخلاف الحر لأنه ليس بمال بوجه (قوله ولا يسع الحبل ولا النتاج) الحبل مافي البطن والنتاج ما يحمل هذا الحبل وهو المراد من حبل الحبل في الحديث وقد كانوا يعتادون ذلك في الجاهلية فابطل ذلك بالنهي ولأن فيه غررا وقد نهي النبي عليه السلام عن بيع فيه غرر وهو ما نطوت عنك مغيبته ونخفيت عليك عاقبته (قوله لأنه من أوصاف الحيوان) الصوف قبل الجزر ووصف الحيوان لأن ما يكون متصلا بالحيوان هو وصف محض بخلاف ما يكون متصلا بالشجر فهو عين مال مقصود من وجهه فيجوز بيعه لذلك (قوله ولأنه ينبت من أسفل) بضم الباء وذلك يبين فيما إذا خضب الصوف على ظهر الشاة ثم تركها أيأما فاختصوب يبق على رأسه لا على أصله بخلاف القوائم لأنها تزد من أعلاها حتى لو ربطت خيطا في أعلاها وتركها أيأما يبق

مالك البائع على وجهه يتعدر تميزه بمطل للبيع ويسع الصوف على ظهر الغنم لا يجوز لوجهين لأنه من باب المبيع أوصاف الحيوان لأن ما هو متصل بالحيوان فهو وصف محض بخلاف ما يكون متصلا بالشجر فإنه عين مال مقصود من وجهه فيجوز بيعه ولأنه ينبت من أسفل فيختلط المبيع بغيره وهو مملوك كغيره فان قيل القوائم متصلة بالشجر وجاز بيعها

(قوله لأن استحقاقه عبارة عن جهة لا يدخل عليه الإبطال) أقول وللخصم فيه أن يتنازع فيه ٣ قوله قوله لأن استحقاقه الخ تنظر هذا القول لانا

أجاب بانها تريد من أعلاها فلا يلزم الاختلاط حتى لو ربطت خيطا في أعلاها (٥١) وتركك أما ما بقي الخيط أسفل مما في

رأسها الآن والاعلى مائه
المشترى وما وقع من الزيادة
وقع في ملكه أما الصوف فان
نحوه من أسفله فان خضب
الصوف على ظهر الشاة ثم
ترك حتى غما فالحضوب يبقى

على رأسه لان أصله فان
قبل القصيل كالصوف وجاز
بيعه أجاب بان القصيل وان
أمكن وقوع الشاة فيه
من حيث القطع لا يمكن
وقوعه من حيث القلع
فيقلع وأما القطع في الصوف
فتعين اذ لم يبعد فيه القلع
أي النصف فبعد ذلك يقع
التنازع في موضع القطع
وقد صرح أن النبي صلى الله
عليه وسلم نهى عن بيع
الصوف على ظهر الغنم وعن
لبن في ضرع وعن سمن في
لبن وهو حجة على أبي يوسف
فيما يروى عنه من جواز
بيع الصوف على ظهر
الغنم قال (وجدع في سقف)

إذا باع جدعا في سقف أو
ذراع من ثوب يعني ثوبا يضره
التبعض كالعقيد لا
الكرياس فالبيع لا يجوز
ذكر القطع أولا لانه لا يمكنه

التسليم الا بضرر لم توجه
العقد ومشله لا يكون لازما
فيه يمكن من الرجوع وتحقق
المنازعة بخلاف ما لم يكن في
التبعض مضرة كبيع عشرة
دراهم من نقرة فضة وذراع
من كرباس فان بيعه جائز
لم نعتزلها اه معصمه

المبيع بغيره بخلاف القوائم لانها تريد من أعلى وبخلاف القصيل لانه يمكن قلعه والقطع في الصوف متعين
فبيع التنازع في موضع القطع وقد صرح انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن
لبن في ضرع وعن سمن في لبن وهو حجة على أبي يوسف رحمه الله في هذا الصوف حيث جوز بيعه فيما يروى عنه
قال (وجدع في سقف وذراع من ثوب ذكر القطع أوله كراه) لانه لا يمكن التسليم الا بضرر بخلاف ما
اذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لانه لا ضرر في تبعضه

المبيع بغيره) بحيث يتعين التمييز (بخلاف القوائم) أي قوائم الخلاف (لانها تريد من أعلاها)
و يعرف ذلك بان توضع في مكان من القائمة علامة فانها بعد ذلك تصير أسفل و يرتفع عنها رأس القائمة
و يرتفع غيرها مما تريد من أسفل فالزائد يكون على ملك المشتري وقال الامام الغضلي الصحيح عندي ان
بيع قوائم الخلاف لا يجوز لانه وان كان يضمن أعلاه فوضع القطع مجهول فهو كمن اشترى شجرة
على أن يقطعها المشتري لا يجوز لجهالة موضع القطع وما ذكره من منع بيع الشجر ليس متعلقا عليه بل
هي خلافية منهم من منعها اذ لا بد في القطع من حفر الارض ومنهم من أجازها للمتعاين (بخلاف القصيل)
لانه يقطع فلا تنازع بخلاف بيعه قائما في الارض قال المصنف (وقد صرح أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن
آخرة) وذلك ان الطبراني قال حدثنا عثمان بن عمر الضبي حدثنا حفص بن عمر الحوضي حدثنا عمر بن فروخ
حدثنا حبيب بن الزبير عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان
تباع ثمرة حتى تطلع ولا يباع صوف على ظهر ولا لبن في ضرع وأخرجه الدارقطني والبيهقي عن عمر بن فروخ
قال الدارقطني وأرسله وكيع عن عمر بن عمرو بن عبد الله بن عباس وهذا السند حجة وقول البيهقي تفرد برفعه
عمر بن فروخ وليس بالقوي لا يضره فانه ان كان كما قال فالمرسل حجة كالمفروغ لكن الحق خلاف ما قال في
تضعيف ابن فروخ فقد نقل الذهبي ثوبق عمر بن فروخ عن أنمة الشأن كابي داود وابن معين وأبي حاتم والرفع
زيادة وهي من الثقة مقبولة ورواه أبو داود في مراسيله عن عكرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم ورواه ابن
أبي شيبة في مصنفه بسنده عن عكرمة عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى أن يباع لبن في ضرع أو سمن في لبن
ورواه الدارقطني في سننه عن وكيع عن عمر بن عمرو بن عبد الله بن عباس عن حبيب بن الزبير عن عكرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم
عليه وسلم بلفظ ابن أبي شيبة وروى مرة موقوفا على ابن عباس في مراسيل أبي داود وكذا رواه الشافعي رحمه
الله قال أحمد بن سعيد بن سالم عن موسى بن عبيدة عن سليمان بن يسار عن ابن عباس انه كان ينهى عن بيع
اللبن في ضرع الغنم والصوف على ظهرها فعرف بذلك ان كل ما يبيع في غلافه لا يجوز كاللبن في الضرع
واللحم في الشاة الحية أو شحمها أو ألبنها أو كارعها أو جلودها أو دقيق في هذه الحنطة أو سمن في هذا اللبن
ونحو ذلك من الاشياء التي في غلفها لا يمكن أخذها وتسليمها الا بافساد الخلقة والحبوب في قشرها مستثنى من
ذلك بما أسلفناه والذهب والفضة في تراجمها بخلاف جنسهما والله الموفق (قوله وجدع من سقف) بالجر أي

الخيط أسفل مما في رأسها الآن وأعلى ملك المشتري (قوله في هذا الصوف) أي الصوف على ظهر الغنم
(قوله لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر) ولا يقال بانه رضي بهذا الضرر حيث التزم ذلك لان التزامه بدون
العقد غير معتبر والعقد لم يوجب عليه ضررا وفي القوائد الظاهرية العقد مشروط بالضرر وغير مشروط
فالعقد الذي فيه ضرر لا يكون مشروعا ولا يلزم المخاباة لانه ليس فيه تقويت باستهلاك المال ولا يبيع الحجاب
في الدار اذا لم يمكن اخراجه الا بقلع الباب لانه ممنوع على ما اختاره البعض وبعد التسليم المبيع هنا يتعيب
وغیره أيضا وفي الحجاب انما يتعيب البناء دون الحجاب وفيما اذا اشترى نخلا وشجر على أن يقطعها المشتري
أو زرعها على أن يحصدها فالواجب أن يجوز لانه أمكن تسليمه من غير أن يتصل بالارض ضرر وفي هذا التعليل
اشارة الى أن التعويل على ضرر يلزم في غير المبيع وشراء الشجر بشرط القلع لا يجوز عند البعض لانه لا

(قوله فيمكن من الرجوع وتحقق المنازعة) أقول فيه بحيث فانه اذا كان متمسكنا من الرجوع شرعا لا يعتبر بمخارجه اذا لوجه لها والاولى عندي
أن يقال بده ولا يكون لازما والبيع اذا لم يكن مشروطا فيه بالخيار يكون لازما فيبطل قليلا

لا انتهاء العلة (ولو لم يكن الجذع معينا لا يجوز للزوم الضرر والجهالة أيضا ولو قطع البائع النراع أو قطع الجذع قبل أن يفسخ المشتري عاد البيع معهما زال الفساد) وهو الضرر (ولو باع النوى في التمر أو البز في البطيخ لم يصح وان شقهما أو أخرج المبيع لأن في وجودهما احتمال) أي هو شيء مغيب وهو في غلافه (٥٢) فلا يجوز بيعه فان قيل بيع الخنطة في سبيلها أو مثاليها يبيع مافي وجوده احتمال

فانه شيء مغيب في غلافه وهو جازز أوجب مان جواره باعتبار صحة انطلاق اسم المبيع عليه وعلى ما يتصل به فان الخنطة اذا بيعت في سبيلها انما يقال بعت هذه الخنطة فالذ كور صريحها هو المعقود عليه فصح العقد اعمالا لا لصحيف لفظا وما برز البطيخ ونوى التمر وحسب القمان فاسم المبيع وهو البرز والنوى والحسب لا ينطلق عليه الا يقال هذا برز ونوى وحسب بل يقال هذا بطيخ وعمر وقطن فلم يكن المبيع مذكورا وما هو المذ كور فليس بمبيع وهذا على قول من يرى تخصيص العلة واضع وطريق من لا يرى ذلك عرف في أصول الفقه وقوله (أما الجذع فعين موجودة) إشارة الى اتمام القرقي بين البرز والنوى والجذع المعين في السقف بان الجذع معين موجودا اذا فرض فيه والبرز والنوى ليس كذلك فان قبل اذ باع جلد الشاة المعينة قبل الذبح لا يجوز ولو ذبح الشاة وسلم جلدها وسلم لا ينقلب البيع الى الجواز وان كان الجلد عيننا موجودا وكذلك لو باع كرشها أو أكارها ثم ذبح وسلم قلنا الجلد وان كان عيننا موجودا لکنه متصل بغير المبيع اتصال خلقة فكان تابعه فكان العجز عن التسليم هناك معنى أصليا بخلاف الجذع فانه عين مال في نفسه وانما ثبت الاتصال بينهما وبين غيره بعرض فعل العباد الا أنه عد عاجزا عن التسليم حكما لمافيه من افساد بناء غيره مع حق بالعقد فاذا قلنا والتزم الضرر زال المانع فيجوز ضرب

ولو لم يكن معينا لا يجوز اذا كرنا والجهالة أيضا ولو قطع البائع الذراع أو قطع الجذع قبل أن يفسخ المشتري يعود معهما زال الفساد بخلاف ما اذا باع النوى في التمر أو البز في البطيخ حيث لا يكون معهما وان شقهما وأخرج المبيع لأن في وجودهما احتمال أما الجذع فعين موجود قال لا يجوز بيع جذع من سقف (وذراع من ثوب) أي ثوب بضره القطع كالعمامة والقميص أما ما لا يضره القطع كالكراس فيصوز وقول الطحاوي في آجره من حائط أو ذراع من كراس أو ديساج لا يجوز ممنوع في الكراس أو محمول على كراس يتعيب به أما ما لا يتعيب به فيجوز كما يجوز بيع صبرة وكذا لا يجوز بيع حلبة من سيف أو نصف زرع لم يدرك لأنه لا يمكن تسليمه الا بقطع جميعه وكذا يبيع فص خاتم مركب فبسه ومثله نصيه من ثوب مشترك من غير شريكه وذراع من خشبة للزوم الضرر في التسليم في كل ذلك وأورد عليه انه ضرر لزم البائع بالتزامه أوجب بانه التزم العقد ولا ضرر فيه ولا يخفى ما فيه وقول نضر الاسلام ان رضى فله ان يرجع فيبطل البيع الا أن يقطعه أو يقلعه فيسلمه قبل نقض البيع فينقلب معها كذلك فان الرجوع لا يمكنه مع المزم وهو التزام العقد بما فيه من الضرر وأما اراد الطحاوي دفع بانه ليس فيه استهلاك مال نعم برديع الحجاب التي لا تخرج الا بفتح الابواب على قول من أجاز والبعض قد منعه وأوجب بان التعيب الجدران دون الحجاب وهذا يفيد أن المنطوق راليه في المنع تعيب المبيع والكازم السابق يفيد انه تعيب غير المبيع وهو الظاهر والحق انه لا بد من منعها كمنع هذا وما يلحق به هذا هو المول عليه وذات هو الحديث السابق من نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع اللبن في الضرر والسمن في اللبن أفاد ان المنع اذا كان لا يسل المبيع الا بعيب فيه ضرر بغير المبيع فان اللبن يدخله ضرر بتسليم السمن وأظهر من هذا ثبوت الاجماع على عدم جواز بيع أطراف الحيوان كيف شاء وألتها ورجلها وهو معلل بما يلزم في التسليم من الضرر على البائع في المبيع فخرج بفتح الحباب التي يحتاج في تسليمها الى هدم كثاف الابواب على من يفسخ بيعها (قوله ولو لم يكن معينا) يعني الجذع والنراع (لا يجوز لاذكرنا) من لزوم الضرر (والجهالة) ومعلوم ان هذا فيما يتعيب بالتعيب ويختلف بخلاف درهم من قطعة نقرة (ولو قطع البائع الجذع وقطع النراع يعود العقد معهما زال الفساد) قبل نقض البيع ولو فعل بعد الفسخ لا يجوز وقوله (بخلاف ما اذا باع النوى في التمر أو البز في البطيخ) وكسرهما وسلم البرز والنوى قبل الفسخ (لا يعود معهما) لان الفساد للغرر (اذ في وجودهما احتمال) فكان كببيع بالامبيع فوقه باطل بخلاف الجذع فانه عين محسوسة قائمة وانما

لا يمكن القلع الا بحفر الارض وعند البعض يجوز للتعامل فصار كببيع الكرات يجوز للتعامل وان كان القياس يابى جوازه لانه ينمو من أسفله فيخلط المبيع بغيره ولا تعامل في الصوف على ظهور الغنم فيقي أصل القياس والمراد من قوله وذراع من ثوب ما اذا كان ثوبا يضره القلع نحو القميص والعمامة (قوله أما الجذع فعين موجودة) فان قيل لو باع جلد الشاة المعينة قبل الذبح لا يجوز ولو ذبح الشاة وسلم جلدها وسلم لا ينقلب البيع الى الجواز وان كان الجلد عيننا موجودا وكذلك لو باع كرشها أو أكارها ثم ذبح وسلم قلنا الجلد وان كان عيننا موجودا لکنه متصل بغير المبيع اتصال خلقة فكان تابعه فكان العجز عن التسليم هناك معنى أصليا بخلاف الجذع فانه عين مال في نفسه وانما ثبت الاتصال بينهما وبين غيره بعرض فعل العباد الا أنه عد عاجزا عن التسليم حكما لمافيه من افساد بناء غيره مع حق بالعقد فاذا قلنا والتزم الضرر زال المانع فيجوز ضرب

في السقف وكذا يبيع كرشها أو أكارها أوجب بان المبيع وان كان موجودا فيه لکنه متصل بغيره اتصال خلقة فكان تابعه فكان العجز عن التسليم هناك معنى أصليا لانه اعتبر عاجزا حكما لمافيه من افساد شيء غير معق بالعقد وأما الجذع فانه عين مال في نفسه وانما ثبت الاتصال بينهما وبين غيره بعرض فعل العباد والعجز عن التسليم حكما لمافيه من افساد بناء غير معق بالعقد فاذا قلنا والتزم الضرر زال المانع فيجوز وضحيث يجب تخصيص العلة وطريق من لا يرى به كما تقدم

قال (وضربة القانص) القانص الصائد يقال قنص اذا صود ضربة القانص ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة يقال ضرب الشبكة على الطائر
القانص ومنه نهي عن ضربه وفي تهذيب الازهرى عن ضربة القانص وهو الغواص على اللائى وهو أن يقول للتاجر أغوص لك غوصة
فما أخرجت فهو لك بكذا والمعنى فيها واحد وهو أنه مجهول وان فيه عرر لانه يجوز أن لا يدخل في الشبكة شئ من الصيد وان لا يخرج من
الغوصة شيئاً قال (وبيع المزانة) الرفع فيه الجر والرفع فيما تقدم جائز والمزانة وهو بيع الثمر بالشاء المثلثة على الخيل بتمر بالشاء المثلثة
بجذوة مثل كيل ماعلى الخيل من الثمر خراوطنا لا حقيقة لانه لو كان مثله كيلاً حقيقة لم يبق ماعلى للرأس ثم ابل غر المجذوذ كالذى يقابله
من المجذوذ لا يجوز لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزانة والمحاقلة والمحاقلة بيع الحنطة في سنبها بمنحطة مثل كيلها خوصاً ولا
باع مكيداً بكيل من جنسه فلا يجوز خوصاً لان فيه شبهة الربا المحقة بالحقيقة في التحريم كالأموال موضوعين على الأرض وباع أحدهما بالآخر
خوصاً وبيع العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعى يجوز فيه ما دون خمسة أوسق ولا يجوز فيه ما زاد على خمسة أوسق وله في مقدار خمسة أوسق
قولان استدلل بأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزانة وخص (٥٣) في العرايا وفسرها بأن يباع الثمر الذى

على رأس الخيل بخرصها
ثم ارفها دون خمسة أوسق
وأنت الضمير في قوله
بخرصها على أنه جمع الثمرة
قلنا بالقول بالموجب وهو
أن يقول قلنا أن رسول
الله صلى الله عليه وسلم
وخص في العرايا فان في
الاحاديث الدالة على ذلك
كثرة لا يمكن منعها
لكن ليس حقيقة معناها
ما ذكرتم بل معناها الفعلية
لغة وتأويلها أن يجب للرجل
ثمرة نظلة من بستانه لرجل
ثم يشق على المعري دخول
المعري له في بستانه كل يوم
لكن أهله في البستان ولا
يرضى من نفسه خلف الوعد
والرجوع في الهبة فيعطيه
مكان ذلك ثم ارجح ذلك
بالحرص ليدفع ضرره

(وضربة القانص) وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة حمرة لانه مجهول ولان فيه غرراً قال (وبيع المزانة)
وهو بيع الثمر على الخيل بتمر بمجذوذ مثل كيله خوصاً لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن المزانة والمحاقلة
بفسد لازم الضرر فإذا احتمل البائع سلمه قبل الفسخ وقع التسليم في بيع صحيح لان الغرض ان البيع قائم
لكن بوصف الفساد فإذا زال الفساد قبل زوال البيع صار بالضرر ورة بغير فساد وهو معنى الصحيح فهذا
معنى قولهم انقلب صحاح بخلاف الاول وقع باطلا وهو معنى المعلوم شرعاً فليس هناك بيع قائم لغيره بل المدايل
فيبقى بيعاً بلا بطلان بل إذا زال البطل بقي ملك المبيع بلا مانع من ابراد العقد الصحيح عليه وعدم المانع من ابراد
العقد الصحيح ولا يجاد عليه هو وجود المبيع الصحيح وفوقه عدم جواز البيع فيما اذا باع جلد شاة معصية أو
كرشاً أو سوداً بطنها فذبحها أو أعطاه ذلك حيث لا ينقلب جائزاً مع أنه تحمل الضرر بالذبح أوجب بان للنع
هناك لعله أخرى غير لازم الضرر في التسليم وهو كونه متصلاً متضماً له خلقاً والنهي عنه وهو النهي عن بيع
الصوف على الظهر واللب في الضرر والسم في اللبن وقد يقال لا أثر لذلك فيما فيه الكلام وهو انه إذا زال
المانع بالذبح والفصل فان قبيل يتناوله بعد الفصل النهي عنه قبل الفصل وحين وقع وقع منها قلنا وكذا
الجذع في السقف سواء (قوله وضربة القانص) بالرفع والجر على قياس ما تقدمه (وهو الصائد يقول
بعثك ما يخرج من) القاء هذه (الشبكة حمرة) بكذا وقيل بالغين والياء الغائص قال في تهذيب الازهرى
نهي عن ضربة القانص وهو الغواص يقول أغوص غوصة فما أخرج من اللائى فهو لك بكذا فهو بيع
باطل لعدم ملك البائع المبيع قبل العقد كان غرراً وجهه ما يخرج (قوله وبيع المزانة) وهو بيع
التمر على الخيل بتمر بمجذوذ مثل كيله خوصاً لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزانة في الصحيحين من
حديث جابر بن سمرة رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزانة والمحاقلة وزاد مسلم في لفظ وزعم جابر أن المزانة
الشبكة على الطائر أقامها عليه ومنه نهي عن ضربة القانص هو الصائد وفي تهذيب الازهرى عن ضربة
القانص وهو الغواص على اللائى وذلك أن يقول للتاجر أغوص لك غوصة فما أخرجت فهو لك بكذا (قوله
ولان فيه غرراً) لانه يجوز أن لا يدخل في الشبكة شئ من الصيد الزين الدفع وناقضون بزبن طالها ومنه

عن نفسه ولا يكون مخلف الوعد به نقول لان الوعد لم يصبر ملكاً لموهوب له مادام مناصلاً تلك الواهب فبايع عليه من الثمر لا يكون عوضاً بل
هبة مبتدأة ويسمى بيعاً مجازاً لانه في الصورة عوض يعطيه للتمر زعن خاف الوعد وانفق أن ذلك كان فيما دون خمسة أوسق فظن الراوى
أن الرخصة مقصورة على هذا فنقل كما وقع عنده وفيه بحث من وجهين الاول أنه جاء في حديث يزيد بن ثابت رضى الله عنه أن رسول الله صلى
الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمر بالتمر وخص في العرايا فساداً يبدل على أن المراد بالعرايا بيع تمر بتمر والثاني أنه جاء في حديث جابر
رضي الله عنه بلفظ الاستثناء العرايا والاصل حمل الاستثناء على الحقيقة والاستثناء من البيع حقيقة بيع لوجوب دخوله في المستثنى منه
والجواب عن الاول ان القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم وعن الثاني انه على ذلك التقدير يتأني قوله عليه الصلاة والسلام المشهور
اتمرو بالتمر مثلاً بمثل والمشهور قاض عليه

(قوله قال وبيع المزانة) قوله من المجذوذ لا يجوز (أقول قوله الرفع فيه أى وحده وقوله والجر والرفع أى كلاهما وقوله والمزانة مستتبدة
وقوله لا يجوز غيره

فالمزانية ما ذكرنا والمحاولة ببيع الحنطة في سبيلها بحنطة مثل كيلها خوصا ولانه باع مكيلا بمكيلا من جنسه فلا تجوز بطريق الخرص كما اذا كانا موضوعين على الارض وكذا العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي رحمه الله يجوز فيمادون خمسة أوسق لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن المزانية ورخص في العرايا وهو أن يباع بخرصها ثمرا فيمادون خمسة أوسق قلنا العربية العطية لغتوتأويله أن يبيع المعري له ما على الخيل من المعري بتمر مجذوذ وهو يبيع مجازا لانه لم يملكه فيكون برامبتدا

يبيع الربط في الخيل بالتمر كيلا والمحاولة في الزرع على نحو ذلك يبيع الزرع القائم بالحلب كيلا وأخرج البخاري عن أنس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاولة والمخارفة والملاسة والمناذة والمزانية وقول المصنف (بمثل كيله خوصا) الخرص الخزر (وكذا العنب بالزبيب) لا يجوز ومعنى النهي أنه مال الربا فلا يجوز بيعه بخمسه مع الجهل بتساويهما كمثل كانا موضوعين على الارض وقال الشافعي رحمه الله تجوز المزانية بالتفسير الذي ذكرنا (فيمادون خمسة أوسق) لمافي الصحيحين من حديث أبي هريرة أنه صلى الله عليه وسلم رخص في بيع العرايا وفي الصحيحين أيضا عن ابن عمر عن زيد بن ثابت رخص عليه الصلاة والسلام في بيع العرايا أن تباع بخرصها وفي لفظ رخص في العربية أن تؤخذ بمثل خرصها ثمرا يابا كالحارطبا ووافق الشافعي أحد في ذلك لأنه لم يحكم بالضرورة قال الطحاوي جاءت هذه الآثار وتواترت في الرخصة في بيع العرايا فقبلها أهل العلم جميعا ولم يختلفوا في صحة مجيئها ولكنهم تنازعوا في تأويلها فقال قوم العرايا أن يكون له الخلة أو الخلتان في وسط الخيل الكثير لرجل آخر قالوا وكان أهل المدينة اذا كان وقت الشار خرجوا بأهلهم الى حوائطهم فيعطي صاحب الخلة أو الخلتين فيضرب ذلك بصاحب الخيل الكثير فترخص صلى الله عليه وسلم لصاحب الكثير أن يعطيه خوصا ماله من ذلك ثم ينصرف هو وأهله عنه ويرى هذا عن مالك قال الطحاوي وكان أبو حنيفة يقول فيما سمعت أحمد بن أبي عمران يذكر أنه سمع من محمد بن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة قال معنى ذلك عندنا أن يعري الرجل الرجل نخلة من نخلة فلا يسلم ذلك اليه حتى يبدو له فترخص له أن يجبس ذلك ويعطيه مكانه بخرصه ثم قال الطحاوي وهذا التأويل أشبه وأولى بما قال مالك لأن العربية العطية لا ترى الى الذي مدح الانصار كيف مدحهم اذ يقول

فليست بسنهاء ولا رجيبة * ولكن عرايا في السنين الجوانح

أي أنهم كانوا يعزرون في السنين الجوانح أي يهبون ولو كانت كما قال ما كانوا يمدحون بها اذ كانوا يعطون كما يعطون وانطق ان قول مالك قول أبي حنيفة هكذا حكاه عنه شافعي ومذهبنا واستدل عليه بان العربية مشهورة بين أهل المدينة متداولة بينهم كذلك ثم على قولهم تكون العربية معناها الخلة ولا يعرف ذلك في اللغة وتخصيص مادون خمسة أوسق لانهم كانوا يعزرون هذا المقدار وما قرب منه ومعنى الرخصة هو رخصة أن يخرج من اخلاف الوعد الذي هو ثلث النفاق باعطاء هذا التمر خوصا وهو غير المزمع ودفع الضرر عنه وكون اخلاف الوعد ثلث النفاق نقل عن عبيد الله بن عمر بن العاص انه حين حضرته الوفاة قال ز وجوابتي من

الزبون لان الله الذي يعين كثيرا على الاسناد المجازي واستتر بنبه وتزنيه اتخذ زبونا والمزانية ببيع التمر في رؤس الخيل بالتمر كيلا من الزبن أيضا لانها تؤدي الى النزاع والنفاق (قوله يجوز فيمادون خمسة أوسق) ولا يجوز عنده فيما زاد على خمسة أوسق وله في مقدار خمسة أوسق قولان قلنا العربية العطية قال عليه السلام لا تخرصين خفقا وفي الخرص فان في المال العربية الوصية والمخرص له لا يستحق التخفيف بسبب البيع بل بسبب العطاء وتفسير العربية أن يهب الرجل ثمر نخلة من بستانه لرجل ثم يشق على المعري دخول المعري له في بستانه كل يوم لكون أهله في البستان ولا يرضى من نفسه خلف الوعد والرجوع في الهبة فيعطيه مكان ذلك ثمرا مجذوذا بالخرص ليدفع ضرره عن نفسه ولا يكون تخلفا للوعد وهذا عندنا جاز لان الموهوب لم يصير مائلا للموهوب له مادام متصلا بملك الواهب فباعطيه من التمر لا يكون عوضا عنه بل هبة متبينة أو وانما سمى ذلك بيعا مجازا لانه في الصور عوض يعطيه للخرص عن خلف الوعد واتفق أن ذلك كان فيمادون خمسة

قال (ولا يجوز البيع بالقاء الحجر) سام البائع السلعة أي عرضها وكرهها وسامها (٥٥) المشتري بمعنى استامها ببيع الملامسة

هو أن يتساوم الرجلان في السلعة قبلهما المشتري يسده فيكون ذلك ابتاعا لهما رضى مالكما بذلك أولم يرض وبيع المناذرة هو أن يتراوض الرجلان على السلعة فيجب مالكما الزام المساوم له عليها أيها فينبذها إليه فيلزمه بذلك ولا يكون له ردها عليه وبيع القاء الحجر هو أن يتساوم الرجلان على السلعة فإذا وضع الطالب لشرائها حصاة عليها ثم البيع فيها على صاحبها ولم يكن لصاحبها ارتجاع فيها وهذه كانت يبيع في الجاهلية فنهى عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وعابوا الكتاب تشير إلى أن المنهى عنه بيع الملامسة والمناذرة وبيع القاء الحجر ملحق به سالانه في معناهما ولأن فيه تعليقا بالخطر والتلبيك لا تختمله لادائه إلى معنى القمار لانه بمنزلة أن يقول البائع للمشتري أي ثوب ألقيت عليه الحجر فقد بعته وأي ثوب لمسته بيدك فقد بعته وأي ثوب نبذته إلى فقد اشتريته (ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين) لجهالة المبيع الآن يقول على أنك بالخيار أن تأخذ أيهما شئت فإنه يجوز استحسانا وقد تقدم الكلام فيه قال (ولا يجوز بيع المراسي ولا اجازتها) والمراد به

قال (ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة والمناذرة) وهذه بيوع كانت في الجاهلية وهو أن يتراوض الرجلان على سلعة أي يتساومان فأخذها المشتري أو نبذها اليه البائع أو وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع فالأول بيع الملامسة والثاني المناذرة والثالث القاء الحجر وقد نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع الملامسة والمناذرة ولأن فيه تعليقا بالخطر قال (ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين) لجهالة المبيع ولو قال على أنه بالخيار في أن يأخذ أيهما شاء جاز البيع استحسانا وقد ذكرناه بقروعه قال (ولا يجوز بيع المراسي ولا اجازتها) المراد الكلا أما المبيع فإنه ورد على ما لا يملكه لا شترالك الناس فيه

فلان فإنه كان سبق اليه معنى شبه الوعد فلا أتى الله بثلاث الشقاق وجعله ثلثا حديث عنه صلى الله عليه وسلم علامة المناق ثلاث ان حدث كذب وان وعد ان لم يوف وان اؤتمن خان وأما ما ذكر من تأويل العربية الامام موفق الدين وروى محمود بن لبيد قال قلت لزيد بن ثابت ما عرابيا كم هذه فسمى رجلا محتاجين من الانصار شكوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الرطب ياتي ولا نقد يبيعهم يتنازعون به رطبا باكلونه وعندهم فضول من التمر فرفض لهم أن يتنازعوا العربية بغير صهامان التمر فباعوا كلونه رطبا وقال متفق عليه فقد وهم في ذلك فان هذا ليس في الصحيحين بل ولا في السنن ولا في شيء من الكتب المشهورة قال الامام الزيلعي مخرج الحديث ولم أجده سندا بعد الفحص البالغ ولكن الشافعي ذكره في كتابه في باب العرابيا من غير اسناد (قوله) ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة الى قوله (وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم الى آخره) في الصحيحين من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الملامسة والمناذرة زاد مسلم اما الملامسة فان يلبس كل منهما ثوبا صاحبه بغير تأمل فيلزم الملامسة البيع من غير خياره عند الرتبة وهذا بأن يكون مثلا في غلبة أو يكون مطويا ثم يفتقن على أنه اذا المسة فقد باعوه وفساده لتعلق التملك على أنه متى لمسه وجب البيع وسقط خيار المجلس والمناذرة أن ينبذ كل واحد منهما ثوبه الى الآخر ولم ينظر كل واحد منهما الى ثوب صاحبه على جعل التنبذ بيعا وهذه كانت يبيعان فنهى في الجاهلية وكذا القاء الحجر أن يلقي حصاة ونمسة أو ثوب فأي ثوب وقع عليه كان المبيع بلانامل وروية ولا خيار بعد ذلك ولا بد أن يسبق تراوضه على الثمن ولا فرق بين كون المبيع معينا فاذا تراوضا فالقاء اليه البائع لزم المشتري فليس له أن يقبل أو غير معين كذا ذكرناه ومعنى النهي ما في كل من الجهالة وتعلق التملك بالخطر فانه في معنى اذا وقع حجرى على ثوب فقد بعته منك أو بعته بكذا واذا المسة أو نبذته والتساوم تفاعل من التسوم سام البائع السلعة عرضها للبيع وكرهها وسامها المشتري بمعنى استامها وسامه لا يسوم الرجل على سوم أخيه أي لا يطلب البيع وراوض فيه حال مراوضة أخيه فيه لأنه بمعنى لا يشتري كما قيل بل نهى عن التسوم ثبت التزاما لانه اذا نهى عن التسام في الشراء فكيف بحققة الشراء (قوله) ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع الآن يكون على هذا الوجه وهو أن يقول بعثك واحدا منهما على أنك بالخيار تأخذ أيهما شئت فإنه يجوز استحسانا وقد تقدم ذكرها بغير وعيها خيار الشرط (قوله) ولا يجوز بيع المراسي ثم فسرهما بالكلا دفعا لوهم أن يراد مكان الرعى فإنه جائز (ولا اجازتها) أما المبيع فإنه ورد على ما لا يملكه لا شترالك الناس فيه) اشترالك ابا حنيفة لا يملك ولانه لا يحصل به للمشتري فائد فان المقصود من الملك يحصل بلا بيع اذا

أوسق فظن الراوى أن الرخصة مقصورة على هذا فنقل كما وقع عنده (قوله) وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الملامسة والمناذرة الحديث لم يتعرض لبيع القاء الحجر ولكنه ألحق ببيع الملامسة والمناذرة بطريق الدلالة وهو أن يتساومان أحب المشتري الزام البيع لمساويه أو وضع الحجر فيكون مشتريا لهما رضى مالكما أولم يرض وان أحب مالكما الزام المبيع ينبذها اليه فيلزمه البيع وليس له الرد بعد ذلك وذكر في المتن قال أبو حنيفة رضي الله عنه الملامسة أن يقول أبيعك هذا المتاع بكذا فاذا المستك وجب البيع أو يقول المشتري كذلك والقاء الحجر أن يقول المشتري أي البائع اذا ألقيت الحجر وجب البيع (قوله الكلا) واحد الا كلامه وكل ما عتسه الدواب من الرطب واليابس كذا في المغرب وانما قال المراد الكلا لان لفظ المرعى

(قوله وأي ثوب نبذته) أقول فيه مسامحة لا تخفى

الكلأ وهو ما ليس له ساق من الخشيش كذا روى عن محمد وقيل ما ليس له ساق وما له ساق فهو كلأ وانما فسر المراءى بذلك لان لفظ المراءى يقع على موضع الرعى وهو الارض وعلى الكلأ وعلى مضمر رعى ولولم يقسم بذلك لتوهم أن يبيع الارض واجارته لا يجوز وهو غير صحيح لان يبيع الارض واجارته صحيح سواء كان فيها (٥٦) الكلأ أو لم يكن اما عدم جواز بيع الكلأ غير المحرز فلانه غير مملوك لا اشتراك

بالحديث وأما الاجارة فلا تنهت على استهلاك عين مباح ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بان استأجر بقرة لشرب لبنها لا يجوز فهذا أولى

يملكه بدونه (للعديث) الذي رواه أبو داود في سننه في البيوع عن حريز بن عثمان عن أبي خراش بن حبان ابن زيد عن رجل من الصحابة رضى الله عنهم قال غزت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثا فبكت أسمعهم يقول المسلمون شر كاه في ثلاث في الماء والنار والكلأ واه أجدي مسنده وابن أبي شيبة وأسسند ابن أبي عمري في الكلأ عن أحدوا بن معين أنهم قالوا في حريز نعت وجهه الهه في لا تضر ومعنى الشركة في النار الاصطلاح بها وتجهيف الثياب يعني اذا أوقد رجل نارا فلكل أن يصطلي بها أما اذا أراد أن يأخذ الجرف ليس له ذلك الا باذن صاحبه كذا ذكره القدوري ومعه في الماء الشرب وسقي الدواب والاستقاء من الآبار والحباض والانهار المملوكة وفي الكلأ ان له احتشاشه وان كان في أرض مملوكة غير أن لصاحب الارض أن يمنع من الدخول في أرضه فاذا منع فلغيره أن يقول ان لي في أرضك حقا فاما أن توصلي اليه أو تحشمه أو تستقي وتدفعه لي وصار كثوب رجل وقع في دار رجل اما أن ياذن للمالك في دخوله ليأخذه واما أن يخرج به اليه اما اذا أحرز الماء بالاستقاء في آنية والكلأ بقطعه جاز حينئذ يبيع لانه بذلك ملكه وظاهر أن هذا اذا ثبت بنفسه فاما لو كان سقي الارض وأعد لها اللانبات فنبتت في الذخيرة والمحيط والنوازل يجوز بيعه لانه ملكه وهو مختار الصدر الشهيد وكذا ذكر في اختلاف أبي حنيفة وزفر نبت الكلأ بانباته جاز يبيع وكذا لو حرق حول أرضه وهبها للانبات حتى نبت القصب صار ملكه ولا يجوز بيعه كاه في أرضه قبل أن يقطعها ولا ماء وقال القدوري لا يجوز بيع الكلأ في أرضه وان ساق الماء الى أرضه ولحقته مؤنة لان الشركة فيه نابتة وانما تنقطع بالحيازة وسوق الماء الى أرضه ليس بحيازة والاكثر على الاول الا أن على هذا القائل أن يقول ينبغي ان حافر البئر يملك بناءها ويكون بتكاف الحفر والطنى لتحصيل الماء ملك الماء كملك الكلأ بتكافه سوق الماء الى الارض لينبت فله منع المستقي وان لم يكن في أرض مملوكة له ثم الكلأ ذكر الحواشي عن محمد انه ما ليس له ساق وما له ساق ليس كلأ وكان الفضلي يقول هو أيضا كلأ وفي المغرب هو كل ما رعت الدواب من رطب وبابس وهو واحد الا كلامه (وأما الاجارة فلانها) لو صحت ملك بها الاعيان وحكمها ليس الاملاك المنافع نعم اذا كانت الاعيان آله لا فامة العمل المستحق كالصبيغ واللبن في استجار الظئر فملك بعد اقامة العمل تبعا اما ابتداء فلا (وكذا لو استأجر بقرة لشرب لبنها لا يجوز) مع أنهم اعقدت على استهلاك عين مملوكة (فهذا أولى) لانها على

الناس فيه بالحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في ثلاث الماء والكلأ والنار وما هو غير مملوك لا يجوز بيعه ومعنى شركتهم فيها ان لهم الانتفاع بضوئها والاصطلاح بها والشرب وسقي الدواب والاستقاء من الآبار والحباض المملوكة والانهار المملوكة من الاراضي المملوكة والاحتشاش من الاراضي المملوكة وان كان له أن يمنع من الدخول في أرضه فان منع كان لغيره أن يقول له ان لي في أرضك حقا فاما أن توصلي الي حتى أو تحشمه فتدفعه الي أو تدفعني أخذه كثوب لرجل وقع في دار انسان هذا اذا ثبت ظاهرا أو أما اذا ثبت صاحب الارض بالسقي ففيه اختلاف الرواية وذكر في المحيط والذخيرة والنوازل ان صاحبها يملكه وليس لاحد أن يأخذه بغير اذنه بخار يبيع وهو ذكر القدوري انه لا يجوز بيعه لان الشركة في الكلأ نابتة بالنص وانما تنقطع بالحيازة وسوق الماء الى أرضه ليس بحيازة للكلأ فبقى على الشركة فلا يجوز بيعه وأما عدم جواز الاجارة

يقع على موضع الرعى وهو الارض فيجوز بيعها فلا يصح أن يراد بالمراد به المراءى به المراءى من الكلأ اطلاقا لاسم المحل على الحال (قوله بالحديث) وهو قوله عليه السلام الناس شركاء في ثلاث الماء والكلأ والنار والمراد بالماء الذي في الانهار والآبار أما اذا أخذه وجعله في وعاء فقد أحرزه بخار يبيع وبالكلأ ما نبت في أرض غير مملوكة وما نبت في أرض مملوكة بغير انبات رب الارض لان رب الارض لا يكون بحر زاله بكونه في أرضه واذا نبت صاحب الارض بالسقي والنثر في أرضه اختلعت الروايات فيه فانه ذكر في الذخيرة والمحيط ولو باع حشيشا في أرضه ان كان صاحب الارض هو الذي أنبت بان سقاها لا لاجل الخشيش فنبت بتكافه جاز لانه ملكه ألا ترى أنه ليس لاحد أن يأخذه بغير اذنه وان نبت بنفسه لا يجوز لانه ليس بمملوك له بل هو مباح الاصل ألا ترى أن لكل أحد أن يأخذه وفي القدوري لا يجوز بيع الكلأ في أرضه ولو ساق الماء الى أرضه ولحقته مؤنة حتى خرج الكلأ لم يجز يبيع لان الشركة في الكلأ نابتة بالنص وانما تنقطع

فلعنين أحدهما وقوع الاجارة في عين غير مملوكة والثاني انعقادها على استهلاك عين مباح وانعقادها على استهلاك عين مملوكة بان استأجر بقرة لشرب لبنها لا يصح فعلى استهلاك عين مباح أولى وذلك لان المستحق بعقد الاجارة على الاثر المنافع لا الاعيان الا اذا كانت الاعيان آله لا فامة العمل المستحق بالاجارة كالصبيغ في استجار الصباغ واللبن في استجار الظئر كونه آله للحضانة والنزوة ولم

يذكر ان اجارة الكلا وقعت فاسدة أو باطلة وذ كرفي الشرب انها فاسدة حتى عاك الا حرة القبض وينفذ عنه فيها قال (ولا يجوز بيع النخل) قال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يجوز بيع النخل وقال محمد يجوز اذا كان محرزاً أي نجح وعاد هو قول الشافعي لانه حيوان منتفع به حقيقة باستيفاء ما يحدث منه وشرعاً لعدم ما يمنع عنه شرعاً وكل ما هو كذلك يجوز بيعه وكونه غير (٥٧) ما كولى العمل لا ينافيه كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام وهي

المخوف من الاحشاش لا يجوز بيعها قال في الجامع الصغير أ رأيت ان وجد بها عيباً بكم ردّها وفيه اشارة الى أن النخل لا قيمة لها ولا رغبة في عيها (قوله والانتفاع بما يخرج منه) جواب عن قوله حيوان منتفع به يعني لانسانه منتفع به بعينه بل الانتفاع بما يحدث منه وذلك معدوم في الحال قبل قوله لا بعينه احتراز عن المهر والخش فأنهما وان كانا لا ينتفع بهما في الحال لكن ينتفع بهما في المال باعيانهما وفيه بعد لخروجهما بقوله يخرج منه واذا كان الانتفاع بما يخرج فقيل خروج له لا يكون منتفعاً به حتى لو كان ما يخرج منه باع كواره بضم الكاف وكسرهما وهي معسل النخل اذا سوى من طين فيها غسل بما فهمان النخل يجوز بيعه كذا ذكر الكرخي في مختصره وقال القدوري في شرحه لهذا المختصر وأما اذا باع العسل مع النخل فالعسل يقع على العسل ويدخل النخل على طريق التبع وان لم يجز افراده بالبيع كالشرب والطاريق ثم قال

قال (ولا يجوز بيع النخل) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله يجوز اذا كان من رزاه وهو قول الشافعي رحمه الله لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعاً فيجوز بيعه وان كان لا يؤكل كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعاً به قبل الخروج حتى لو باع كواره فيها غسل بما فهمان النخل يجوز بيعه كذا ذكره الكرخي رحمه الله

استهلاك عين غير مملوكة وهل الاجارة فاسدة أو باطلة ذكر في الشرب أنها فاسدة حتى عاك الا حرة القبض وينفذ عنه فيه وقيل في لبن الا كمينه انه في حكم المنفعة شرعاً بدليل ان عينه لا يجوز بيعه ولا يضمن متلفه والحيلة في ذلك أن يستأجر الارض ليضرب فيها فسطاطه أو ليحمله حظيرة لغنمه ثم يستبيع المرعى فيحصل مقصودهما (قوله ولا يجوز بيع النخل عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد يجوز اذا كان محرزاً وهو قول الشافعي رحمه الله لانه منتفع به حقيقة وشرعاً مقدوراً والتسليم اذا كان محرزاً (فيجوز بيعه وان كان لا يؤكل كالبغل والحمار) يجوز بيعهما وان لم يؤكلا للانتفاع بهما والقدره على تسليمهما (ولابي حنيفة وأبي يوسف انه من الهوام فلا يجوز بيعه) كلاهما يجوز بيعه الوزغ والعقرب والزنبور والحية وهذا وهو أنه في نفسه من الهوام لانه غير منتفع به (و) انما الانتفاع بما يتولد منه لا بعينه (بخلاف الخش فانه ينتفع به في نافي الحال قبل حدوث ما يتولد منه فقيل حدوث ما يتولد منه لا يذفع به بل هو في نفسه هامة من الهوام ولذا قال في الجامع الصغير ان وجد بها عيباً بكم ردّها اشارة الى أن النخل لا قيمة لها حتى لو باع تبعاً لكواره فيها غسل وهو فيها جاز ذكره الكرخي كالشرب والطاريق وقال القدوري انه حكى عن أبي الحسن الكرخي انه كان ينكر هذه الطريقة ويقول انما يدخل في البيع تبعاً ما هو من حقوق المبيع واتباعه والنخل ليس من حقوق العسل الا انه ذكر في جامع هذا التعليق بعينه عن أبي يوسف والتبعة لا تخص في الحقوق كالغائب فاعسل تابع للنخل في الوجود والنخل تابع له في المقصود بالبيع والكواره بضم الكاف وتشديد الواو مع ل النخل اذا سوى من طين وفي التهذيب كواره النخل مخففة وفي المغرب بالكسر من غير

الشركة بالخيازة وسوق الماء الى أرضه ليس بخياره لكلا فبقى الكلا على الشركة فلا يجوز وذ كرام الامام الترمذى والاصمعياني عن المتأخرين اذا نبت الكلا بسقى رب الارض وقيامه على ذلك ملكه وجاز بيعه قبل الاحتشاش ولو احتشاشه انسان بلا اذنه كان له الاسترداد وهو مختار والشهيدان نبت الشجر في أرض مملوكة فهو لولك صاحب الارض وان نبت لاباناً نهوذ كرام الحلو الى عن محمد رحمه الله الكلا ما ليس له ساق وما قام على الساق فليس بكلا مثل الخاج وكان الفضلي يقول هو كلاً ومعنى اثبات الشركة في النار الانتفاع بضوء الاصطلاح به وتحقيب الشباب بها أما اذا أراد أن يأخذ الجرف ليس له ذلك الا باذن صاحبها وذ كرفي الفوائد الظهيرية وكذلك لا يجوز الاجارة لان المستحق بالاجارة المنافع دون الاعيان الا اذا كانت الاعيان آلة لاقامة العمل المستحق بالاجارة كالصبغ في استجار الصبغ والمبني في استجار الطير لكونه آلة للخصاب والظن وروى كرام الامام الترمذى رحمه الله بخلاف استجار الطير حيث يجوز لان لبن نبات آدم في حكم المنفعة ولهذا لا يجوز بيعه ولا يضمن متلفه (قوله والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه) احتراز بقوله لا بعينه عن بيع المهر والخش فأنهما وان كان لا ينتفع بهما في الحال ولكن ينتفع بهما في المال باعيانهما فيجوز البيع الكواره بالضم والتشديد عن العوري معسل النخل اذا سوى من طين (قوله كذا ذكره الكرخي رحمه الله) هكذا ذكره ناهوذ كرفي موضع آخر ان هذا قول القدوري وأنكر أبو الحسن وهو الكرخي

(٨ - فحق القدور والكفاية - سادس) وقد حكى عن الحسن الكرخي انه كان ينكر هذه الطريقة ويقول انما يدخل

(قوله اعدم ما يمنع عنه) أقول أي عن الايقاع (قوله قبل قوله لا بعينه احتراز الخ) أقول القائل هو الاتقاني والخباري (قوله وفيه بعد لخروجهما الخ) أقول فيه ناسل فانه ينتفع بما يخرج ويحصل منها في مستعمل الزمان من أولادهما فلا يخرجان به

في البيع على طريق التبعية ما هو من حقوق المبيع واتباعه والتخل ليس من حقوق العسل الا انه ذكر في جامع هذا التعليل بعينه عن أبي يوسف قال (ولا يجوز بيع دود القز وبيضه) وهو البز الذي يكون منه الدود لا يجوز عند أبي حنيفة لانه من الهوام وبيضه مما لا ينفع به بعينه بل بما يحدث منه وهو معدوم في الحال (٥٨) وجاز عند محمد لكونه منتفعا به ولما كان الضرورة في بيعه قبل وعلية الفتوى وأجاز أبو يوسف

(ولا يجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة) لانه من الهوام وعند أبي يوسف رجه الله يجوز اذا ظهر فيه القز تبعاً له وعند محمد رجه الله يجوز كيفما كان لكونه منتفعا به (ولا يجوز بيع بيضه عند أبي حنيفة رجه الله وعند محمد يجوز) لما كان الضرورة وقبل أبو يوسف مع أبي حنيفة رجه الله كما في دود القز والحمام اذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها لانه مال مقدور التسليم (ولا يجوز بيع الآبق) لنهي النبي عليه الصلاة

تسديد وقيد الزخشي بفتح السكاف وفي الفر بين بالضم (قوله ولا يجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة رجه الله لانه من الهوام وعند أبي يوسف يجوز اذا ظهر فيه القز تبعاً له) وأجاز بيع برز القز الذي يكون منه الدود (وعند محمد يجوز كيفما كان لكونه منتفعا به) وأجاز السلم فيه كيلا اذا كان وقته وجعل منتهى الاجل في وقته وجوابه ما تقدم في المسئلة قبلها وهو أن المنتفع به ما يخرج منه فقبله يكون غير منتفع به والكلام في بيعه حينئذ ولو جسه قول محمد للعادة الضرورية وقد ضمن محمد متلف كل من التخل ودود القز وفي الخلاصة في بيعه ما قال الفتوى على قول محمد ثم لا يخفى أن محمد اناسب أصله في مسئلة بيع التخل في القول بجوازه وأبو حنيفة كذلك في قوله بعدمه وأما أبو يوسف فيجب أن يقول مثله في التخل وما قدمه المصنف في التخل عن الكرخي بجوازه اذا بيع تبعاً لكونه ظاهرة انه يجوز باتفاق حينئذ على هذا يجب أن لا يختلف أبو حنيفة مع أبي يوسف في دود القز بل يقولان معاً ان كان وحده لا يجوز لانه من الهوام وان كان تبعاً للقز فيقولان بالجواز فيهما فلا معنى لافراد أبي حنيفة في هذه وقران أبي يوسف معه في تلك والاتفاق على عدم جواز بيع ماسواهما من الهوام كالحيات والعقارب والوزغ والعظاية والقتافذ والجعل والضب ولا يجوز بيع شيء من البحر الا السمك كالضفدع والسرطان والسلحفاة وفرس البحر وغير ذلك وقال محمد اذا كان الدود ورق التوت من واحد والعمل من آخر على أن يكون القز بينهما نصفين أو أقل أو أكثر لا يجوز وكذا لو كان العمل منهما وهو بينهما نصفان وفي فتاوى الولوالجي امرأة أعطت امرأة من القز وهو برز الفيلق بالنصف فقامت عليه حتى أدرك الفيلق صاحبة البرز لانه حدث من برزها ولها على صاحبة البرز قيمة الارواق وأجر مثلها ومثله اذا دفع بقرة إلى آخر يعلفها ليكون الحادث بينهما بالنصف فالحادث كله لصاحب البقرة وله على صاحب البقرة ثمن العلف وأجر مثله وعلى هذا اذا دفع الدجاج ليكون البيض بالنصف (قوله والحمام اذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها) أما اذا كانت برز وجهها وخارجها مسدودة فلا شيء كالفي جواز بيعها وأما اذا كانت في حال طيرانها ومعلوم بالعادة انها تنجى فكذلك لان المعلوم عادة كالأواك فكان يملو كمقدور التسليم وتجوز كونه لا يعود أو عر وض عدم عوده لا يمنع جواز البيع كتجويز هلاك المبيع قبل القبض ثم اذا عرض الهلاك انفسخ كذا هنا اذا فرض وقوع عدم المعتاد من عودها قبل القبض انفسخ وصار كالظني المرسل في برفانه يجوز وان جاز ان لا يعود (قوله ولا يجوز بيع الآبق) الآبق اذا لم يكن عند المشتري لا يجوز بيعه باتفاق الأئمة الاربعة ويجوز عقبه غير انه اذا أغنقه

بيع دود القز اذا ظهر فيه القز تبعاً له كبيع النخل مع العسل وبيع بيضه مطلقاً لما كان الضرورة ونقل عنه انه مع أبي حنيفة كما في دوده وهذه العبارة تشير إلى أن أبي حنيفة إنما لم يجوز بيعه بانفراده لما اذا كان تبعاً فيجوز والحمام اذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز البيع لانه مال مقدور التسليم وكان موضع ذكره عند قوله ولا يجوز في الهوام وإنما ذكرها هنا تبعاً لما ذكره الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير لانه وضعه ثمة كذلك قال (ولا يجوز بيع الآبق) بيع الآبق المطلق لا يجوز لما ذكر محمد في الأصل بقوله بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الفرور وعن بيع العبد الآبق ولانه غير مقدور التسليم والآبق الذي لا يكون مطلقاً وهو الذي لا يكون آبقاً حتى أحد المتعاقدين جاز بيعه كمن باع منه رجلاً يزعم انه عنده لان النهي عنه يبيع المطلق منه وهذا غير آبق في حق المشتري فينتقي العجز عن التسليم المانع من الجواز ثم هل يصير قابضاً بمجرد العقد أو لان كان قبضه لنفسه

جواز بيع التخل مع العسل وقال إنما يدخل الشيء في البيع تبعاً لغيره اذا كان من حقوقه كالشرب والطريق وهذا ليس من حقوقه كذا في الفوائد الظهيرية (قوله وعند محمد رجه الله يجوز كيفما كان وعلية الفتوى) اعتبار العادة ولانه يتولد منه ما هو منتفع به فيصير بيعه كبرز البطيخ في دود القز راً أبو حنيفة رجه الله على أصله المذكور في بيع النخل وكذا عند محمد رجه الله على أصله فقال بالجواز فيها وأما أبو يوسف رجه الله ففرق في بيع النخل مع أبي حنيفة رجه الله وفي بيع دود القز مع محمد رجه الله فقال ما ظهر من القز منتفع به في المستقبل فكان بمنزلة المهر بخلاف التخل كذا في الفوائد الظهيرية (قوله وعند محمد يجوز)

قال المصنف (ولا يجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة) أقول لا بد لأبي حنيفة من الفرق بين بيع التخل وبين بيع دود والسلام اقترحت جواز الاول تبعاً لدون الثاني (قوله وهذه العبارة تشير إلى) أقول فيه تأمل (قوله والآبق الذي إلى قوله هل يصير) أقول فيه تأمل

يصير قابضا عقيب الشراء بالاثاق وان قبضه للردها ما أن يشهد على ذلك أولا فان كل الاول لا يصير قابضا لانه امانة عنده حتى لو هلك قبل الوصول الى المولى هلك من مال المولى (وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع) لان قبض الضمان أقوى لتأكده باللزوم والملك أما الزوم فلان المشتري لو امتنع عن قبض المبيع أجبر عليه وبعد القبض ليس للبائع (٥٩) فسحقه بخلاف الامانة وأما الملك فلان الضمان

يثبت الملك من الجانبين على ماهو الاصل بخلاف قبض الهبة وان كان الثاني يجب ان يصير قابضا لانه قبض غصب وهو قبض ضمان وهو قول أبي حنيفة ومحمد وكر الامام الثوري ناشى انه لا يصير قابضا عند أبي يوسف وقول المصنف يجب ان يصير قابضا كانه اشارة الى أنه يلزم أبا يوسف القول بكونه قابضا نظر الى القاعدة ولو قال المشتري هو عند فلان فبعضه منى فباعه لا يجوز لكونه آبقا في حق المتعاقدين وغير مقدور التسليم البائع لا يقدر على تسليم ما ليس في يده ولو باع الآبق ثم عاد من الآبق قال نعم عقد جديد في ظاهر الرواية وبه أخذ مشايخ بلخ أن ذلك العقد لا يتم ويحتاج الى عقد جديد لوقوعه باطلا فان جزء المحل القدره على التسليم وقد فات وقت العقد فانه عدم المحل فصاوكا اذا باع الطير في الهواء ثم أخذه وسلمه في المجلس وعروض يان الاعناق يجوز لوفات المحل لما جازوا جيب بان الاعناق ابطال الملك وهو يسلام

والسلام عنه ولانه لا يقدر على تسليمه (الآن يبيعه من رجل زعم انه عنده) لان المنهى عنه يبيع آبق مطلق وهو أن يكون آبقا في حق المتعاقدين وهذا غير آبق في حق المشتري ولانه اذا كان عند المشتري اتنى العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد اذا كان في يده وكان أشهد عند أخذه لانه امانة عنده وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع ولو كان لم يشهد يجب أن يصير قابضا لانه قبض غصب ولو قال هو عند فلان فبعضه منى فباعه لا يجوز لانه آبق في حق المتعاقدين ولانه لا يقدر على تسليمه ولو باع الآبق ثم عاد من الآبق عن كفارة اشترط العلم بحياته وتجاوز هبته لانه الصغير أو لبيتم في حجره بخلاف البيع لانه الصغير حيث لا يجوز لان شرطه القدرة على التسليم عقيب اليه وهو مستوفى ما قبله من اليد يصلح لقبض الهبة ولا يصلح لقبض البيع لانه قبض بآراء مال مقبوض من مال الابن وهذا قبض ليس بآراء مال يخرج من مال الولد فكفت تلك اليد نظر للصغير فانه لو عاد عاد على ملك الصغير ولهذا أجزأ بيعه من ذكرانه في يده لثبوت التسليم والمقصود من القدرة على التسليم ثبوت التسليم فاذا كان ثابتا حصل المقصود بخلاف ما لو جاء المشتري برجل معه وقال عبدك الآبق عنده هذا فبعنيه وأنا قبضه منه واعترف بذلك الرجل لا يجوز بيعه لان تسليمه فعل غيره وهو لا يقدر على فعل غيره فلا يجوز واذا جاز بيعه هل يصير قابضا في الحال حتى لو رجع فوجده هلك بعد وقت البيع يتم القبض والبيع ان كان حين قبضه أشهد انه قبض هذا البرد على ما لكان لا يصير قابضا لان قبضه هذا قبض امانة حتى لو هلك قبل أن يصل الى سيده لا يضمنه وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع فان هلك قبل أن يرجع اليه انفسخ البيع ورجع بالثمن وان لم يشهد يصير قابضا لان قبضه اذ لم يشهد قبض غصب وهو قبض ضمان كقبض البيع ولو عاد من آباقه وقد باعه من ليس عنده هل يعود البيع جائزا اذا سلمه فعلى ظاهر الرواية لا يعود صححا وهو مروى عن محمد كما اذا باع خرا ففعلت قبل التسليم أو باع طيرا في الهواء ثم أخذه لا يعود صححا وهذا يفيد أن البيع باطل وهو مختار مشايخ بلخ والثلجي لان وجود الشرط يجب كونه عند الفقد وفي رواية أخرى عن محمد وهو رواية عن أبي حنيفة يجوز اقيام المالبية والملك في الآبق ولذا صح عنه فكان كببيع المهرون اذا افترسه قبل الخصومة ففسخ القاضى للبيع وبه أخذ الكرخي وجاعة من المشايخ حتى اذا امتنع البائع من تسليمه أو المشتري من قبوله أجبر على ذلك لان صحة البيع كانت موقوفة على القدرة على التسليم وقد وجد قبل الفسخ بخلاف ما اذا رجع بعد ان فسخ القاضى البيع أو تخاصمافانه لا يعود صححا اتفاقا وهذا يقتضى أن البيع فاسد فالحق أن اختلاف الرواية والمشايخ فيه بناء على الاختلاف في أنه باطل

لمكان الضرر وقال الامام المصطفى رحمه الله وعليه الفتوى وفي الذخيرة فانه اختيار الصدور الشهيد رحمه الله (قوله وكان أشهد عليه) أى أنه يأخذ للرده على المولى لانه امانة عنده وقبض الامانة وهو أدنى لانه غير مضمون لا ينوب عن قبض البيع وهو أقوى لانه مضمون لازم ولو كان لم يشهد يجب أن يصير قابضا و ذكر الامام الثوري ناشى رحمه الله وان لم يشهد كذلك عند أبي يوسف رحمه الله أى لا يصير قابضا وعندهما يصير قابضا عقيب الشراء وان كان أخذه لنفسه يصير قابضا عقيب الشراء عندهم جميعا (قوله ولو باع الآبق ثم عاد من الآبق لا يتم ذلك العقد) ويحتاج الى بيع جديد وبه أخذ جماعة من مشايخنا وبه كان يقتضى أبو عبد الله البطني وهكذا ذكر شيخ الاسلام رحمه الله لان شرط جواز العقد هو القدرة على التسليم كان فائت الوقت البيع فلا يجوز وان وجده من بعد وصار كالمو باع خرا فصار خلا في المجلس وسلمه أو باع طيرا في الهواء أو

التوى بالآباق بخلاف البيع فيه فانه اثباته والتوى ينافيه وروى عن أبي حنيفة أن العقد يتم اذا لم يفسخ والبائع ان امتنع عن تسليمه والمشتري عن قبضه أجبر على ذلك لان العقد قد انعقد لقيام المالبية لان مال المولى لا يزول بالآباق ولهذا جاز اعاقه وتديره والمانع وهو العجز عن التسليم قد ارتفع فتحقق المقتضى واتنى المانع فيجوز وصار كما اذا أبق العبد بعد البيع وهكذا يروى عن محمد وبه أخذ الكرخي وجاعة من مشايخنا وأما اذا رفع المشتري الى القاضى وطلب منه التسليم وعجز البائع عنه وفسخ العقد بينهما ثم ظهر العبد فانه يحتاج الى بيع جديد

لا يتم ذلك العقد لانه وقع باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير في الهواء وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يتم البيع عند اذالم يفسخ لان العقد انعقد لتقيام المالبية والمائع فدارت فنع وهو العجز عن التسليم كما اذا أبقى بعد البيع وهكذا بروى عن محمد رحمه الله قال (ولا يبيع لبن امرأة في قدح)

أو فاسد فانك علمت ان ارتفاع المقدس في الفاسد يردده صحيح لان البيع قائم مع الفساد وارتفاع المبطال لا يرجع لان البيع لم يكن قائما بصفة البطلان بل معدوما فوجه البطلان عدم القدرة على التسليم ووجه الفساد قيام المالبية والمالك والوجه عندى ان عدم القدرة على التسليم مع عدم المبطال وهذا ما يخرج فيه الخلاف فانهم اختلفوا في بيع الطير في الهواء وان كان أخذه ثم أرسله فانه لا يخرج عن ملكه وقد اختلفوا في ما لو أخذه بعد بيعه وسلمه فطأ ثقتة مع السكر حتى يعود جازرا والبلخيون لا يعود جازرا فبالجواز قال بأنه فاسد مع عدم القدرة على التسليم وقول من قال المحلية كونه مالا يملكه كالمقدور التسليم ان عني محلية البيع الصحيح ختم والا فلا بل محل البيع المال المملوك للمائع أو غيره فان كان له فنافذ أو غيره فوقوف والاذن اما صحيح ان كان مبيعه مقدور التسليم ليس فيه شرط فاسد والافساد ما حديث النهى عن بيع الا بقى فروى اسحق بن راهويه أنه أخبرنا سويد بن عبد الله عن زيد بن أسلم عن أبي سعيد الخدري أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء ما فى بطون الانعام حتى تضع وعن يبيع ما فى ضر وعها وعن يبيع العبد وهو أبق ورواه ابن ماجه بسند فيه جهضم ابن عبد الله عن محمد بن ابراهيم عن محمد بن زيد العبدى عن شهر بن حوشب عن أبي سعيد الخدري يرفعه الى أن قال وعن شراء العبد وهو أبق وعن شراء الغنم حتى تقسم وعن شراء الصدقات حتى تقبض وعن ضربة القانص وشهر بخلف فيه وقال أبو حاتم ان محمد بن ابراهيم مجهول وقيل فيه انقطاع أيضا وعلى كل حال فالاجماع على ثبوت حكمه دليل على أن هذا المضعف بحسب الظاهر صحيح في نفس الامر (قوله ولا يبيع لبن امرأة في قدح) هذا القيد لبيان منع بيعه بعد انفصاله عن محله فانه لا يكون في قدح الا بعد انفصاله أمام عين القدحية

قال (ولا لبن امرأة في قدح) قيد بقوله في قدح لدفع ما عسى أن يتوهم أن يبيعه في الضرع لا يجوز كسائر البان الحيوانات وفي القدح يجوز فقال انه لا يجوز

(قوله لدفع ما عسى أن يتوهم) أقول هذا التوهم بعيد جدا بعد ما سبق قوله ولا لبن في الضرع

سمك في الماء ثم أخذه وسلمه في المجلس فانه لا يجوز (قوله لانعدام المحلية) لان محل البيع مال مقدور التسليم والابق ليس بمقدور التسليم ولان المالبية في الا بقى نافية فهو كالمعدوم حقيقة في المنع من البيع فان قيل فلم جازا اعتاقه قلنا الاعتاق ابطال للمالك فلان سلم قواه بالابق وأما البيع فائبات للمالك للمشتري والتوى ينفيه فلا يثبت وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يتم العقد بوجه أخذه السكر حتى رجحه الله وجماعة من مشايخنا وذكروا القاضي الاسجى رحمه الله بعد ظهوره والابق قائم ما امتنع من البائع والمشتري يجبران على التسليم والتسلم ولا يحتاج الى بيع جديد الا اذا كان المشتري رفع الامر الى القاضي وطلب التسليم من البائع وظهور عجزه عن التسليم وفسخ القاضي العقد بينهما ثم ظهر العبد فحينئذ يحتاج الى بيع جديد كذا في الذخيرة (قوله والمائع قد ارتفع) وهو العجز فاذا زال صار كأن لم يكن كذا من يبيع المرهون ثم يفتسكه فسل الخصومة كذا في المبسوط ولو باع الأبق من ابنه الصغير لا يجوز ولو وهبه له أو لبيته في جحره جاز لان ما بقى له من اليد في الا بقى يصلح لقبض الهبة دون البيع واعتاق الا بقى عن الكفاية جاز اذا علم حياته ومكانه كذا ذكره التمر تاني (قوله ولا يبيع لبن امرأة في قدح) وانما قال في قدح لانه لو لم يذ كر القدح لتوهم أنه يجوز بيعه اذا كان في القدح وانما لا يجوز بسبب كونه في الثدي كاهو الحسك في ألبان سائر الحيوانات أنه اذا باعه وهو في الضرع لا يجوز واذا كان في القدح أو في غيره من الاناء يجوز (قوله لانه مشروب طاهر) في النهاية ذكر الطهارة بعد كونه مشروا بالاحتراز عن الخمر وعمالا يتقوم في نفسه مع كونه طاهرا كحبات الخنطة لعدم الانتفاع فانه لا يجوز بيعهما لغوات وصف الطهارة في الخمر وفوات وصف التقوم في حبات الخنطة ولنا أنه جزء الا دمي فلا يكون مالا لان المال هو غير الا دمي خلق له لخدمة الادسي مما يجري فيه الشئ والضمنة وحمل البيع هو المال حتى لا ينعقد في غيره أصلا وأما دلالة أن اللبن جزء الا دمي فهو أن الشرع أثبت حرمة الرضاع

في قدح وجوز الشافعي بيعه لانه مشروب طاهر وبيع مثله جائز كسائر الالبان وعقب بقوله طاهر احثرازا عن الجرافيم البست بطاهرة ولان انه جزء الادى لان الشرع أثبت حرمة الرضاع لعني البعضية وجزء الادى ليس بمال لان الناس لا يبيعونه وما ليس بمال لا يجوز بيعه وهو رض بأنه لو كان جزء الادى لكان مضمونا بالاتلاف كبقية أجزاء الادى أوجب بالانسانم الاجزاء تضمن بالاتلاف بل المضمون ما انتقص من الاصل ألا ترى ان الجرح اذا اتصل به البرء يسقط الضمان وكذا السن اذا نبتت (٦١) قوله وهو أى الادى بجميع أجزاءه مكرم

يجوز أن يكون دليلا آخر وتقرره أن الادى بجميع أجزاءه مكرم مضمون عن الابتذال وما رد عليه البيع ليس بمكرم ولا مضمون عن الابتذال ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن أبي يوسف انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد البيع على نفسها فيجوز على جزئها اعتبارا للبعض بالكل والجواب انه اعتبارا مع وجود الفارق فلا يجوز ويانه ان الرق حل نفسها وماحل فيه الرق جاز بيعه وأما اللبن فلا فرق فيه لان الرق يختص بمحل القوة التي هي ضد الرق يعني العتق وهو أى المحلل هو المحلى ومعناه انهما مستفنان يتعاقبان على موضع واحد فهما ضدان واذا لحاقا في اللبن لا يرد عليه الرق ولا العتق لان تغاير الموضوع والجواب عن قوله مشروب طاهر أن المراد به كونه مشروبا مطلقا أو في حال الضرورة والاول ممنوع فانه اذا استغنى عنه حرم شربه والثاني مسلم لانه غذاء في تربية الصغار لاجل الضرورة فانهم لا يتربون

وقال الشافعي رحمه الله يجوز بيعه لانه مشروب طاهر وانما انه جزء الادى وهو بجميع أجزاءه مكرم مضمون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن أبي يوسف رحمه الله انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها فاما اللبن فلا فرق فيه لانه يختص بمحل يتحقق فيه القوة التي هي ضده وهو المحلى ولا حياة في اللبن

فليس قيد بل سائر الاواني سواء وانما هو قيد باعتبار لازمه وهو انفصاله عن مقربة كى لا يظن أن امتناع بيعه مادام في الضرع كغيره بل على سائر أحواله لا يجوز بيعه ولا يضمن متلفه وهو مذهب مالك وأحمد (وعند الشافعي يجوز لانه مشروب طاهر) فيجوز بيعه ونحوه تمنع انه مشروب بطلنا للضرورة حتى اذا استغنى عن الرضاع لا يجوز شره والانتفاع به يحرم حتى يمنع بعضهم صبه في العين الرمضاء وبعضهم أجازه اذا عرف انه دواء عند البرء (و) نقول (هو جزء من الادى مكرم مضمون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة ولبن الامة) وعن أبي يوسف انه يجوز في لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد على كلها فيجوز على جزئها قلنا) الجواز يتبع المسألة ولا مالية للانسان الاما كان لا لالرق (وهو المحلى ولا حياة في اللبن) ولان العتق قوة شرعية حاصلها قدرة تثبيت شرع على تصرفات شرعية ترد على الرق فترفعه ولا بد من اتحادهما وليس اللبن محل تلك القدرة فان قيل أجزاء الادى مضمونة فيجب كون اللبن كذلك يضمن بالاتلاف أوجب بمنع ضمان أجزاءه مقابل المضمون ما انتقص من الاصل حتى لو نبت السن انما لمعت لاضمان الاما يستوفى بالوطء فانه مضمون وان لم ينتقص شيئا تغليظ الامر البضع بفعل ما يستوفى بالوطء في حكم النفس بخلاف من خروصوف شاة فانه يضمن وان نبت غيره وباتلاف اللبن لا ينتقص شيء من الاصل ولان حرمة المصاهرة تثبت بشره ففي اشاعته يبيعه ففتح لباب فساد الانكحة فانه لا يقدر على ضبط المشتري وبالنسبة فيشيع فساد الانكحة بين المسلمين وهذا وان كان يندفع اذا كانت حرمة شره شائعة بالدار فيعلم ان امراءه ليس بالمتبعة أخرى

المعنى البعضية فلما كان جزء الادى والادى بجميع أجزاءه مكرم مضمون عن الابتذال بالبيع وغيره فلذلك لا يجوز بيعه فان قيل أجزاء الادى مضمونة بالاتلاف فوجب أن يكون اللبن كذلك قلنا أجزاء الادى لا تضمن بالاتلاف بل يضمن ما انتقص من الاصل ألا ترى أن الجرح اذا اتصل به البرء يسقط الضمان وكذلك السن اذا نبت الاما يستوفى بالوطء فانه مضمون وان لم ينقص شيئا تعظيما للبضع ألا ترى أنه يجب وان أذنت بالاستيفاء اذا لم يجب الحد بخلاف الطرف فانه لا ضمان فيه مع الاذن وهذا لان ما يستوفى بالوطء ملحق بالنفس حكما في حق الضمان احترام ما له الذي منه النفس وباتلاف اللبن لا ينتقص من الاصل شيء فلا يضمن كذا في الاسرار وأما قوله انه مشروب طاهر قلنا لانسانم بان اللبن مشروب على الاطلاق وانما هو غذاء في تربية الصبيان لاجل الضرورة فهم لا يتربون الالبان الجنس عادة كالميتة تكون غذاء عند الضرورة حتى لو استغنى لم يجر شره وبه صبه في عين رمدة عند بعض أصحابنا لا يجوز زوقه بل يجوز اذا علم أنه يزول به ولا يبدل هذا على أنه مال منقوض وهذا نظير النكاح فان البضع يتمك بالعقد للحاجة الى قضاء الشهوة وأقامة النسل ولا يحصل ذلك الا بالجنس ثم ذلك لا يبدل على أنه مال منقوض مع أن الغذاء ما في الثدي من اللبن وذلك لا يمتثل البيع بالاتفاق وأما ما يجب بالتقوار يرفق لما يحصل به غذاء الصبي وفي تجوز بيع ذلك فساد فانه يثبت حرمة

الالبان الجنس عادة ولكن لا يدل ذلك على كونه مالا كالميتة تكون غذاء عند الضرورة وليست بمال يجوز بيعه

(قوله لانه مشروب طاهر وبيع مثله جائز) أقول الماء مشروب طاهر ولا يجوز بيعه قبل الاحراز كالسكافعلم أن مجرد ذلك لا يكفي (قوله) وتقرره أن الادى بجميع أجزاءه مكرم (الح) أقول قياس من الشكل الثاني (قوله لا يرد عليه الرق) أقول يعني استقلال (قوله وليست بمال) أقول أي منقوض

قال (ولا يجوز بيع شعر الخنزير) لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للضرورة فان ذلك العمل لا يتناقض بدونه ويوجد مباح الاصل فلا ضرورة الى البيع ولو وقع في الماء القليل افسده عند أبي يوسف وعند محمد رحمه الله لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ولا يوجب رجوعه الله ان الاطلاق

كشراء الامة المجوسية بعد اشتها رحمة وطهها شرعاً كالكنهم يحيزون شره به لا كبير هذا وقد ساند الفقيه أبو الليث الى محمد بن سنده متصل قال سمعت الفقيه أبا جعفر يقول سمعت الفقيه أبا القاسم أحمد بن حم قال قال نصير بن يحيى سمعت الحسن بن سبويه ٣ يقول سمعت محمد بن الحسن يقول جواز اجارة القطر دليل على فساد بيع لبنه لانه لما جازت الاجارة ثبت أن سبيله سبيل المنافع وليس سبيله سبيل الاموال لانه لو كان مالا لم تجز الاجارة الا ترى أن رجلا لو استاجر بقره على أن يشرب لبنها لم تجز الاجارة فلما جازت اجارة القطر ثبت أن لبنها ليس مالا هذا وأما المصنف فاعلم على المنع بان الآدمي مكرم بجميع أجزائه فلا يتبدل بالبيع وسيأتي باقيه (قوله ولا يبيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له) أو رد عليه انه جعل البيع هنا في لبن المرأة اهانة مانعة من جواز البيع للزوم الاكرام والبيع ينفيه وجعله في مسئلة بيع الخنزير واخترنا في محل فبطل للزوم الاهانة شرعا والبيع اعزاز وهذا تناقض الجواب أن الفعل الواحد قد يكون بالنسبة الى محمل اهانة وبالنسبة الى آخره كرام مثلا لو أمر السلطان بعض سائسي الدواب أن يلزم الوقوف بالحضر مع الواقفين كان غاية الاكرام له ولو أمر القاضي بذلك كان غاية الاهانة له فالخنزير في غاية الاهانة شرعا فلو جعل مبيعا قابلا ليدل وعزوز كرامهم أو الشيا كان غاية اكرامه والآدمي مكرم شرعا وان كان كافرا فاراد العقد عليه وابداله به والحاقة بالجادات اذلاله هذا وتعليل المصنف بالنجاسة لمنع البيع ورد عليه ببيع السرقة فالقول عليه التعليل بالانتفاع والحاجة اليه مع الامكان وجوده مباح الاصل فلا تنافي (ثم يجوز الانتفاع به للضرورة) فان الخنزير لا يتناقض لهم ذلك العمل بدونه (و) هو (يوجد مباح الاصل فلا حاجة الى بيعه) فلم يكن يبيع في محل الضرورة حتى يجوز وعلى هذا قال الفقيه أبو الليث فلو لم يوجد الا بالشراء جاز شراره اشمول الحاجة اليه وقد قيل أيضا ان الضرورة ليست ثابتة في الخنزير به بل يمكن أن يقام بغيره وقد كان ابن سيرين لا يلبس خفا خنزير بشعر الخنزير برفعي هذا لا يجوز بيعه ولا الانتفاع به وروى أبو يوسف كراهة الانتفاع به لان ذلك العمل يتناقض بدونه كذا ذكرنا الا أن يقال ذلك فردت محمل مشقة في خاصة نفسه فلا يجوز أن يلزم العموم حرمانه ثم (قال أبو يوسف انه لو وقع في ماء قليل افسده وعند محمد لا نجس به لان حل الانتفاع به دليل طهارته) والصحيح قول أبي يوسف لان حكم الضرورة لا يتعداها وهي في الخنزير فتكون بالنسبة اليه فقط كذلك وما ذكر في بعض المواضع من جواز صلاة الخنزير من مع شعر الخنزير وروان كان أكثر من قدر الدرهم ينبغي أن يخرج على القول بطلانه في حقهم أما على قول أبي يوسف فلا وهو الوجه فان الضرورة لم تدعهم الى أن يعاقبهم بحيث لا يقدر ون على الامتناع عنه وتجمع على ثبائهم هذا

المصاهرة بين صاحبة اللبن وبين من يربي به من الصبيان فاذا لم يكن معلوما يتسكن فساد في الانسكحة والله لا يحب الفساد (قوله فلا يجوز بيعه اهانة له) فان قيل جعل البيع في لبن الآدمي وشعره دليل الاهانة وفي شعر الخنزير دليل الاعزاز فكيف يكون الشيء الواحد دليل الاعزاز والاهانة قلنا انما كان كذلك باعتبار المحل كما أن الاحراق اهانة في حق الآدمي اعزاز في حق الخطب حيث اعتبر به دون غيره وقال الفقيه أبو جعفر رحمه الله ان كانت الاسا كفة لا يجدون شعر الخنزير والبالشراء ينبغي أن يحو زلهم الشراء لان ذلك حالة الضرورة فالما بالبيع فيكره للبائع وقيل لا يبايع الثمن للبائع ولا باس للاسا كفة أن يصالحوا مع شعر الخنزير وروان كان أكثر من قدر الدرهم وفي الشافي لوصلي ومعه شعر الخنزير أكثر من قدر الدرهم وروان عند بعضهم بسطاهند آخر من لم يجز عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله تجوز وفي الذخيرة هذا في المتوف وأما المجذوذ فطاهر (قوله لان اطلاق الانتفاع به دليل الطهارة) والصحيح قول أبي يوسف رحمه الله

قال (ولا يجوز بيع شعر الخنزير لانه نجس العين) ونجس العين لا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للضرورة لان غيره لا يعمل عمله فان قيل اذا كان كذلك وجب أن يجوز بيعه أجاب بانه يوجد مباح الاصل فلا ضرورة الى بيعه وعلى هذا قيل اذا كان لا يوجد الا بالبيع جاز بيعه لكن الثمن لا يطيّب للبائع وقال أبو الليث ان كانت الاسا كفة لا يجدون شعر الخنزير والبالشراء ينبغي أن يحو زلهم الشراء ولو وقع في الماء افسده عند أبي يوسف لان الاطلاق للضرورة ولا ضرورة الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع غير حالة الاستعمال وقال محمد لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ووقوع الطاهر في الماء لا ينجسه وكان المصنف اختار قول أبي يوسف حيث أخره قيل هذا اذا كان متوفوا وأما المجذوذ فطاهر كذا في التمر نائبي وقاضيان

(٣) قوله سهوب كذا في النسخ التي بأيدينا ولم نجدهم يقرروا هذه

قال (ولا يجوز بيع شعور الانسان الخ) بيع شعور الاكمين والانتفاع بها لا يجوز زوعن محمد أنه يجوز الانتفاع بها الاستدلال بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم حين خلق رأسه قسم شعره بين أصحابه فكانوا يتبركون به ولو كان نجس لما فعله اذا نجس لا يتبرك به وجسه الظاهر أن الآدمي مكرم غير مبتذل وما هو كذلك لا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مبتذلاً ما هنا وفي البيع والانتفاع ذلك ويؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الواصلة والمستوصلة الواصلة من تصل الشعر والمستوصلة من يفعل بها ذلك فان قيل جعل المصنف رحمه الله يبيع شعر الخنزير اعزاً من فمها تقدم وجعل يبيع شعر الآدمي أهاناً له والبيع حقيقة واحدة فكيف يجوز أن يكون موجباً لأمرين متناقضين وأجيب بان البيع مبادلة فلا بد فيه من المبيع فان كان مما أحقره الشرع فبيعه ومبادلته به عالم بحقره اعزاً له فلا يجوز ولا فضائه إلى اعزاً مما أحقره الشرع وان كان مما كرمه وعظمه فبيعه ومبادلته به ليس كذلك أهاناً له فلا يجوز ولا فضائه إلى تحقير ما (٦٣) عظمه الشرع فليس ذلك من البيع في شيء وإنما

هو من وصف المحل شرعاً
ان عدم جوازهما ليس
للنجاسة على الصحيح لان شعر
غير الانسان لا ينجس بالمزايلة
فشعره وهو طاهر أولى
ولان في تناول الشعر ضرورة
وهي تنافي النجاسة وقال
الشافعي نجس لحرمه
الانتفاع به وهو محجوج
بالضرورة ولا بأس بالتخاذ
القراميل وهي ما يتخذ من
الوبرايز يذوقون النساء
أي في أصول شعرهن
بالتكشير وفي ذواتهن
بالتطويل ولا يجوز بيع
جلود الميتة قبل أن تدبغ
لانه غير منفع بها النجاسة
قال صلى الله عليه وسلم لا
تنتفعوا من الميتة يا هاب
وهو اسم لغير المدبوغ كذا
روى عن الخليل وقدم
في كتاب الصلاة فان قيل
نجاستها مجاورة باتصال
الدسومات ومثل ذلك يجوز
بيعه كالشوب النجس أجيب
بانها خلقية فسام زایل

للضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغيرها (ولا يجوز بيع شعور الانسان ولا الانتفاع بها) لان الآدمي مكرم لا مبتذل فلا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مهاناً ومبتذلاً وقد قال عليه الصلاة والسلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث وإنما يخصص فيما يتخذ من الوبرايز بدق قرون النساء وذواتهن قال (ولا يبيع جلود الميتة قبل أن تدبغ) لانه غير منفع به قال عليه الصلاة والسلام لا تنتفعوا من الميتة يا هاب المقدر (قوله ولا يجوز بيع شعور الانسان) مع قولنا بطهارته (والانتفاع به لان الآدمي مكرم غير مبتذل فلا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مهاناً ومبتذلاً) وفي بيعه أهاناً له وكذا في أمثاله بالانتفاع وقد قال صلى الله عليه وسلم فيما ثبت عنه في الصحيحين (لعن الله الواصلة والمستوصلة) والواشمة والمستوشمة فالواصلة هي التي تصل الشعر بشعر النساء والمستوصلة المعلوم بها بذنبا ورضاها وهذا لعن للانتفاع بما لا يحل الانتفاع به ألا ترى أنه رخص في اتخاذ القراميل وهو ما يتخذ من الوبرايز يذوقون النساء للتكثير فظهر أن اللعن ليس للتكثير مع عدم التكررة والامتنع القراميل ولا شك أن الزينة حلال قال الله تعالى قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده فلولا زوم الأهانة بالاستعمال فلو وصلاها بشعور النساء أيضاً وفي الحديث لعن الله النامصة والمتمتعة أيضاً والنامصة هي التي تنقش الحاجب لترقمه المتمتعة التي يفعل بها ذلك (قوله ولا يبيع جلود الميتة قبل أن تدبغ لانه غير منفع بها) قال صلى الله عليه وسلم لا تنتفعوا من الميتة يا هاب (وتقدم في الصلاة تقريره وتخرجه ولا خلاف في هذا فان قيل نجاستها ليست الا لما يجاورها من الرطوبات النجسة فهي متنجسة فكان ينبغي أن يجوز بيعها كالثوب النجس أجيب بان النجس منها باعتبار أصل الخلقة فسام زایل فبهي كعين الجلد فعلى هذا يكون الجلد نجس العين بخلاف الثوب والدهن النجس فان النجاسة فيه عارضة فلا يتغير به حكم الثوب بما فيه لانه لو كان طاهر اباح الانتفاع به يصح بيعه قياساً على عامة ما هذأ شأنه وعن بعض السلف أنه كان لا يلبس مكعباً أو خفاشاً ورزاً بشعر الخنزير (قوله الواصلة التي تصل الشعر والمستوصلة التي يفعل بها ذلك) وروى عن محمد رحمه الله أنه يجوز الانتفاع بشعر الآدمي استدلالاً بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم حين خلق رأسه قسم شعره بين أصحابه فكانوا يتبركون به ولو كان نجس لما فعله وأنه لا يتبرك بالنجس ألا ترى أن أباطية رضي الله عنه حين شرب دمه على قصده التبرك نهاه أن يعود إلى مثله في المستقبل (قوله فيز بدق قرون النساء وذواتهن أي يز بدق أصول الشعر للتكثير وفي الذوات التطويل (قوله ولا يبيع جلود الميتة قبل أن تدبغ) ولا يقال نجاستها لما اتصل بها من الدسومات فلا يمنع ذلك جواز بيعها كالشوب النجس لانا

بالدباغ فهي كعين الجلد بخلاف نجاسة الثوب فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم لا تنتفعوا نهى وهو يقتضي المشروعية فمن أين للجواز (قوله وقد قال عليه الصلاة والسلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث) أقول قال الزبلي إنما لعنا للانتفاع به لمسا فيه من أهانة المكرم انتهى وفيه بحث (قوله وأجيب بان البيع مبادلة فلا بد فيه من المبيع الخ) أقول فيه بحث اذ لو تم ما ذكره لكان البيع مما عاناه في التحقير والتعظيم جازراً وليس كذلك الآن يقال لا نظير لذلك في الشرع وفيه تأمل أو يقال ما ذكرته كلام على السند ولعل الأولى أن يقال في جواب أصل السؤال ان بعض الاشياء خلق مالمسا كخجله ولو كاهانته لساكونه خطا عن درجته وبعض الاشياء أخرجه الله عن دائرة الانتفاع والمساوية فبعله لمسا كالفخلة عن مرتبته ولا بعد في إيجاب الشيء الواحد أمرين متناقضين في محلين مختلفين ألا ترى أن الشمس تبيض الثوب وتسود وجه القصار وتعتد اللحم وتذيب الشجر فليست أملاً (قوله فليس ذلك) أقول أي ما ذكره من الأهانة والأعزاز (قوله من المبيع في شيء) أقول لعل

فالجواب أنه نهى عن الأفعال الحسية وهو يفيد طالع النقر برطالع عليه (ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لانها طهرت به) لان تأثيره في إزالة الرطوبة كالذ كاه والجلد طاهر بها فطهر بالدباغ ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصفوها وقرنها وشعرها وبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم (٦٤) الحياة وقد تقدم في كتاب الصلاة (والغبل كالخنزير نجس العين عند محمد) اعتبارا به

وهو اسم لغبر المدبوغ على ما عرف في كتاب الصلاة (ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ) لانها قد طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلاة (ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصفوها وقرنها وشعرها وبرها والانتفاع بذلك كله) لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة وقد ذكرناه من قبل والغبل كالخنزير نجس العين عند محمد رحمه الله وعندهما بمنزلة الباع حتى يباع عظمه وينتفع به قال واذا كان السفلى لرجل وعلوه لا تحرف قطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يحز لان حق التعلى ليس بمال لان المال ما يمكن احرازه والمال هو المحل للبيع بخلاف الشر بحدث يجوز بيعه تبعاً للارض باتفاق الروايات ومنع رداني روايته وهو اختيار مشايخ بلخ زجهم الله

في حرمة اللحم وغيرها قال لا تقع عليه الذكاة واذا دبغ جلده لم يطهر وعندهما بمنزلة السباع يباع عظمه لانه ينتفع به بالركوب والحمل وغير ذلك فلم يكن نجس العين بسل كان كالسكب وسائر السباع قالوا

وهذا ال وال ليس في تقرر المصنف ما يرد عليه ولا يحتاج الى الجواب عنه فانه ما عطل المنع الابدع الانتفاع به وانما يرد على من عطل بالنجاسة ولا ينبغي أن يعطل بها بطلان البيع أصلاً فان بطلان البيع دائر مع حرمة الانتفاع وهي عدم المسالمة فان بيع السرقة نجس جاز وهو نجس العين للانتفاع به كذا كرتا وما جاوز بيعها بعد الدباغة فحل الانتفاع بها حينئذ شرعاً والحكم بطهارتها زيادة تثبت شرعاً على خلاف قول مالك وتقدم في الصلاة (ويجوز بيع عظام الميتة وعصبها وصفوها وشعرها) وريشها ومنقارها ووظائفها وحافرها فان هذه الأشياء طاهرة لا يحلها الحياة فلا يحلها الموت وتقدم في الصلاة (قوله والغبل كالخنزير نجس العين عند محمد) فيكون حكمه حكمه وعن أبي حنيفة وأبي يوسف هو كسائر السباع نجس السور واللحم لا العين فيجوز بيع عظمه والانتفاع به في الحمل والمقاتلة والركوب فكان كالسكب يجوز الانتفاع به قبل وري ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى لقاطمة سوار بن من عاج وظهر استعمال الناس له من غير تكبير ومنهم من حكى اجاع العلماء على جواز بيعه وفي البخاري قال الزهري في عظام الميتة نحو الغبل وغيره أدركت ناساً من سائر العلماء عن شطون بها ويدعون فيها لا يرون بأساً وقال ابن سيرين وابراهيم لا بأس بتجارة العاج وري أبو يوسف عن أبي حنيفة منع بيع القرود وري الحسن عنه أنه يجوز بيعه وهو المختار لانه مما ينتفع به في بعض الأشياء (قوله واذا كان السفلى لرجل وعلوه لا تحرف قطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يحز لان المبيع حينئذ ليس الا حق التعلى) (وحق التعلى ليس بمال لان المال عين يمكن احرازها) وامساكها ولا هو حق متعلق بالمال بل هو حق متعلق بالهواء وليس الهواء مالا يباع والمبيع لا بد أن يكون أحدهما وقول المصنف (ولل مال هو المحل للبيع) تساهل أو تنزىل للتعلى بالمال بمنزلة المال (بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعاً للارض باتفاق الروايات فيما اذا كان الشرب شرب تلك الارض أما اذا باع أرضاً

بيعه عظمه انما يجوز اذا لم تكن عليه دسومة وأما اذا كانت فهو نجس فلا يجوز بيعه قال (واذا كان السفلى لرجل وعلوه لا تحرف قطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يحز لان حق التعلى ليس بمال لعدم امكان احرازه والمال هو المحل للبيع) فان قيل الشرب حق الارض وهذا قال في كتاب الشرب اذا اشترى أرضاً لم يكن له شرب فينبغي أن لا يجوز اجاب بقوله بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعاً للارض باتفاق الروايات ومنع رداني روايته وهو

نقول هذه الدسومات في الجلد باعتبار أصل الخلقة فلما رايه بالدبغ فهو كعين الجلد وهذا الطريق يكون الجلد محرم العين فاما العجاسة في الثوب فليس بأصل الخلقة بل جاورته بعد أن لم تكن متصلة بالثوب فلا يغير حكم أصل الثوب من حيث الانتفاع به وجوازه كذا في الجامع الصغير لشمس الأعمدة السرخسي رحمه الله (قوله والغبل كالخنزير نجس العين عند محمد رحمه الله) لانه بمنزلة الخنزير في حق تناول اللحم وغيره فكان نجس العين كالخنزير وعندهما بمنزلة السباع لانه منتفع به حقيقة فكان منتفعاً به شرعاً اعتبروا بسائر السباع هذا هو الاصل الا اذا قام الدليل بخلافه (قوله حتى يباع عظمه) هذا اذا لم يكن على عظم الغبل وأشباهه دسومة وأما اذا كانت فهو نجس فلا يجوز بيعه (قوله فباع صاحب العلو علوه) أي حق التعلى

اختيار مشايخ بلخ لانه حظ من الماء لو جوب الضمان بالانلاف فان من سقى أرض نفسه ماء غيره يضمن ولان له حظاً من الثمن ذكره في كتاب الشرب قال في شامدين شهد أحدهما بشراء

أرض بشر بها بألف والآخر بشرها بمائة ألف ولم يذكر الشرب لم يقبل لانها اختلغا في ثمن الارض لان بعض الثمن يقابل الشرب وانما لم يحز بيع الشرب وحده في ظاهر الرواية للجهالة لا باعتبار أنه ليس بمال بخلاف بيعه معها تبعاً لزمها باعتبار التبعية

المراد أن المبيع ليس من حباتها لما احتج بردا السؤال (قوله فالجواب انه نهى الخ) أقول فيه بحث

لانه

قال (وبيع الطريق وهبته جائزة) يبيع رقبته الطريق وهبته جائزة لكونه معلوما بطوله وعرضه ان بين ذلك وهو ظاهر والا قدر بعرض باب الدار العظمى وهو مشاهد محسوس لا يقبل النزاع ويباع رقبته المسيل من حيث هو مسيل وهبته اذالم يبين الطول والعرض لا يجوز للهبته بحيث لا يبرى قدر ما يشغله الماء والقيد الاول لا يخرج يبيع رقبته من حيث انه غير فانه أرض مملوكة جاز يبيعها ذكره في المسألة السادسة والثاني لا يخرج يبعه من حيث هو مسيل اذ اباين حدوده وموضعه فانه جائز أيضا ذكره قاضيخان (٦٥) وهذا أحد محتملي المسئلة ويباع حق

المرور وهو حق التطرق دون رقبته الارض جائز في رواية ابن سماعة وجعل في كتاب القسمة لحق المرور قسما من الثمن حيث قال

دارين رجلين فباعا طريقا لرجل آخر ليس له منه جمل من القسمة وترك للطريق مقدارا باب الدار العظمى لانه لاحق له في غير الطريق فان باعوا الدار والطريق رضاهم يضرب صاحب الأصل بثلثي ثمن الطريق وصاحب الممر بثلث الثمن لان صاحب الدار اثنان وصاحب الممر واحد وقسمة الطريق تكون على عدد الرؤس صاحب القليل يساوي صاحب الكثير في الانتفاع فقد جعل لحق المرور قسما من الثمن وهو ما يدل على جواز البيع وفي رواية الزادات لا يجوز وصححه الفقيه أبو الليث فانه حق من الحقوق ويباع الحقوق بالانفراد لا يجوز ويباع التسجيل وهو حق المسيل لا يجوز وهذا محتمل لما لا يخفى واذا عرف هذا فان كان المراد المحتمل الاول فالفرق بينهما بالعلم والجهل كما

لانه حفظ من الماء وله اذ يضمن بالاتلاف وله قسما من الثمن على ما ذكره في كتاب الشرب قال (وبيع الطريق وهبته جائز ويباع مسيل الماء وهبته باطل) والمسئلة تحتل وجهين يبيع رقبته الطريق والمسيل ويباع حق المرور والتسجيل فان كان الاول فوجه الفرق بين المسئلتين ان الطريق معلوم لان له طولاً وعرضاً معلوماً

مع شرب غيرها ففي صحته اختلاف المشايخ والصحيح انه لا يجوز مفردا كبيع الشرب يوماً أو يومين حتى تزداد فوبته وجوز مشايخ بلخ كآبي بكر الاسكافي ومحمد بن سلمة لان أهل بلخ تعاموا ذلك لحاجتهم اليه والقياس بالتعامل كما جاز السلم للضرر ورفق الاستصناع للتعامل (ولانه حفظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكره في كتاب الشرب) فانه قال فيه ادى رجل شراء أرض بشربها بألف فشهد شاهد بذلك وسكت الآخر عن الشرب بطلت شهادتهما باختلافهما في مقدار الثمن الذي زاد الشرب نقص من ثمن الأرض لان بعض الثمن مقابل الشرب فصار كاختلافهما في مقدار الثمن وقبل لوباع أرضا بشربها فاستحق شربها يحط من الثمن نصيب الشرب وأما ضمانه بالاتلاف وهو بان يسقى أرضه بشرب غيره فهو رواية البردوى وعلي رواية شيخ الاسلام لا يضمن وقبل يضمن اذا جاع الماء ثم أتلفه ولا يضمن قبل الجمع وحينئذ فالأثر له من رد المختلف الى المختلف فيه فلا يلزم المخالف عن الشيخ جلال الدين ابن المصنف انه قصر ضمانه بالاتلاف على ما اذا كان شهده الآخر ثم رجع بعد القضاء وقال لا وجه للضمنان بالاتلاف لانه هذه الصورة لانه لو ضمن بغيرها فاما بالسقي أو يمنع حق الشرب لا وجه الى الاول لان الماء مشترك بين الناس بالحديث ولا الى الثاني لان منع حق الغير ليس سبباً للضمنان بل السبب منع ملك الغير ولم يوجد واما انه حفظ من الماء فهو عين أو شيء يتعلق بالعين فاورد عليه انه لو كان عيناً ينبغي أن لا يجوز بيعه اذالم يكن فيه ماء واجب بانه انما جاز للضرورة وهو بعرضية وجوده كالسلم والاستصناع ثم بتقدير انه حفظ من الماء فهو مجبول المقدار فلا يجوز بيعه وهذا وجه منع مشايخ بخاري بيعه مفردا قالوا وتعامل أهل بلدة ليس هو التعامل الذي يتركبه القياس بل ذلك تعامل أهل البلاد ليصير اجاعا كالاستصناع والسلم لا يقاس عليه والضرورة في بيع الشرب مفردا على العموم منتفية بل ان تحقق فحاجة بعض الناس في بعض الاوقات وهذا القدر لا يخالف القياس * (فرع) باع العلو قبل سقوطه جاز فان سقط قبل القبض بطل البيع لهلاك المبيع قبل القبض (قوله ويباع الطريق وهبته جائز ويباع مسيل الماء وهبته باطل) قال المصنف (المسئلة تحتل وجهين) أن يكون المراد (بيع رقبته الطريق والمسيل) أن يكون المراد (بيع حق المرور) الذي هو التطرق (والتسجيل فان كان الاول) وهو بيع رقبته الطريق والمسيل أى مع اعتبار حق التسجيل (فوجه الفرق بينهما أن الطريق معلوم لان له طولاً وعرضاً معلوماً) فان بينه فلا شك في حق نفسه وان لم يبينه جاز أيضاً وهو المراد بالمسئلة

والمال هو المحل للبيع فان محل البيع هو مال أو حق يتعلق بالعين وحق التعلى يتعلق بالهواء والهواء ليس بمال لان المال لا يمكن قبضه واخراجه (قوله لانه حفظ من الماء) والماء عين مال فكان بيع الشرب بمنزلة بيع العين فان قيل لو كان بيع الشرب بمنزلة بيع العين ينبغي أن لا يجوز البيع اذا كان الماء معدوماً في الأرض قلنا انما يجوز للضرورة وبغرضية وجوده كالسلم والاستصناع (قوله وله اذ يضمن بالاتلاف)

(٩ -) (فخ القديروا اسكفاه) - سادس) قال المصنف (لانه حفظ من الماء) أقول فان قيل سلمنا أنه نصيب وانيس ذلك النصيب في ملكه وقت البيع وان وجد في أرضه فالماء ليس بملك له فلا يجوز بيعه لا تبعاً ولا منقراً قلت لا حاجة الى وجود العين في ملكه للبيع وقت البيع كما في الاستصناع والسلم فيجوز بيعه أما قوله والماء ليس بملك قلنا اذا وجد في أرضه وأتلفه آخر يضمن علم أنه عليه كذا في شرح شاهان الأئمة مخالف لما ذكره في شرح قول المصنف ولا يجوز بيع المراءى كما سبق فلنا مل وسجي في آخر كتاب الشرب بأنه لا يضمن اذا سقى من شرب غيره

مرآة الناظران كلن المحتمل الثاني فعلى (٦٦) رواية الزيارات لا يحتاج الى الفرق لشمول عدم الجواز وأما على رواية ابن سماعة فالفرق

وأما المسيل فجهول لانه لا يدري قدر ما يشغله من الماء وان كان الثاني ففي بيع حق المرور روايتان ووجه الفرق على احدهما بينه وبين حق التسبيل ان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق أما المسيل على السطح فهو نظير حق التعليل وعلى الارض مجهول لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعليل على احدى الروايتين أن حق التعليل يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء فاشبهه المنافع أما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الارض فاشبهه الاعيان (قال ومن باع جارية فاذا هو غلام فلا يبيع بينهما بخلاف ما اذا باع كبشا فاذا هو نجعة حيث ينعتق اليه ويختير

ههنا فانه يجعل مقدار باب الدار العظمى وطوله الى السكة النافذة (أما المسيل فجهول لانه لا يدري قدر ما يشغله الماء) ومن هنا عرف أن المراد بالسئلة ما ذالم بين مقدار الطريق والمسيل أمالو بين حد ما يسيل فيه الماء أو باع أرض المسيل من نهر أو غيره من غير اعتبار حق التسبيل فهو جائز بعد أن يبين حدوده (وان كان) المراد (الثاني) وهو مجرد حق المرور والتسبيل (ففي بيع حق المرور) مجردا (روايتان) على رواية الزيارات لا يجوز وبه أخذنا الكرخي لجهالة التعليل وعلى رواية كلب القسمة يجوز فانه قال دار بين رجلين فبما طريق لرجل آخر ليس له منه مما من القسمة ويترك للطريق مقدار باب الدار العلمى فانه لا حق له في غير الطريق فاذا بيعت الدار والطريق بربضهم يضرب صاحب الاصل بثلاثي ثمن الطريق وصاحب الممر بثلاث الثمن لان صاحب الدار اثنتان وصاحب الممر واحد وقسمته العاريق تكون على عدد الرؤس لان صاحب القليل يساوي صاحب الكثير في الانتفاع انهي فقد جعل لصاحب حق المرور قسطا من الثمن فسدل على جواز بيعه وهو قول عامة المشايخ وانفتحت الروايات على أن يبيع حق التسبيل لا يجوز (فوجه الفرق على احدهما) أي وجه الفرق (بين حق المرور وحق التسبيل) على الرواية المجيزة لبيع حق المرور (أن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق أما التسبيل) فان كان على السطح (فهو نظير حق التعليل) لا يجوز بانفاق الروايات ووجه فسادها وهو أنه ليس حقا متعلقا بما هو مال بل بالهواء وفي هذا انظار فان ذلك اذا باع حق التعليل بعد سقوط العلو فانما يكون نظيره ما اذا باع حق التسبيل على السطح ولا سطح وان كان على الارض وهو أن يسيل الماء عن أرضه كي لا يفسدها فيمره على أرض لغيره فهو مجهول لجهالة محله الذي يأخذه الماء بقيت حادثة الى الفرق بين حق التعليل حيث لا يجوز وبين حق المرور حيث يجوز على رواية وانما احتيج الى الفرق لانه علل المنع في حق التعليل بانه ليس بمال فيرد عليه ان حق المرور كذلك وقد جاز بيعه في رواية وفي كل منهما ما يبيع الحق لا يبيع العين وهو أن حق المرور يتعلق برقبة الارض وهي مال هو عين فما يتعلق به يكون له حكم العين أما حق التعليل فحق يتعلق بالهواء وهو ليس بعين مال وأما فرق المصنف بان حق التعليل يتعلق بالبناء وهو عين لا تبقى فأشبهه المنافع بخلاف الارض فليس بذلك لان البيع كما رد على ما يبق من الاعيان كذلك رد على ما لا يبق وان أشبهه المنافع ولذا صحح الفقيه أبو الليث رواية الزيارات المانعة من جواز بيعه لان بيع الحقوق المجردة لا يجوز كالتسبيل وحق المرور (قوله ومن اشترى الى آخره) اذا اشترى هذه

بان يسيق أرضه بشرب غيره وله قسط من الثمن حتى لو ادعى رجل شراء أرض بشر بها بالف فشهد شاهد بذلك وسكت الآخر عن الشرب بطلت شهادتهما لاختلافهما في ثمن الارض لان الذي زاد الشرب نقص ثمن الارض لان بعض الثمن مقابل بالشرب فصاروا كاختلافهما في مقدار ثمن الارض وانما لم يجز بيعه مقصودا في رواية وهو اختيار مشايخ بخار الجهالة وبيع المسيل لا يخالف عن خمسة أوجه اما أن يريده ببيع رقبة المسيل وهي النهر فهو جائز أو يريده برقبة الارض التسبيل الماء فهو على وجهين ان يبين حدوده وهو موقوف فهو جائز أيضا وان لم يبين لا يجوز واما أن يريده حق التسبيل فهو لا يخالف ما ان كان على السطح وهو غير جائز لعينين أحدهما أنه متعلق بالهواء فكان بمنزلة حق التعليل والثاني بمنزلة الجهة لانه التسبيل مجهول مختلف لقله الماء وكثرته أو في الارض وأنه لا يجوز للجهة الهة (قوله فاذا هو غلام) ذكر الضمير بتذكير الخبر (قوله

بينهما أن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم اما بالبيان أو التقدير كما هو وهو الطريق وأما المسيل فاما أن يكون على السطح أو على الارض والاول حق التعليل وهو ليس بمال ولا متعلق به مع كونه مجهولا ولا لاختلاف التسبيل بقله الماء وكثرته والثاني مجهول فعاد الى الفرق في المحتمل الاول وهذه الرواية أعنى رواية ابن سماعة في جواز بيع حق المرور لتعلقه الى الفرق بينه وبين التعليل والفرق بينهما ما ذكره بقوله ان حق التعليل يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء فاشبهه المنافع وعقد البيع لا يرد عليها أما حق المرور فيتعلق بعين تبقى وهو الارض فاشبهه الاعيان والبيع بردها بها فظهر من هذا أن محل البيع اما الاعيان التي هي أموال أو حقا يتعلق بها وفيه نظر لان السكنى من الدار مثلا حقا يتعلق بعين تبقى هو مال ولا يجوز بيعه قال (ومن باع جارية فاذا هو غلام) اعلم أن الذكر والانثى قد يكونان جنسين الجنس متفاوت بينهما وقد يكونان جنسا واحدا لقلته فان الغلام والجارية جنسان لان الغلام يصلح لخدمة خارج البيت كاللحارة والزراعة وغيرهما والجارية لخدمة داخل

قوله ومن اشترى عبادة المصنف ومن باع الخ أوداه العلامة الجراوى وسياق نظيرتها ومن اشترى جارية لم يكتبه مصححه والفرق

والفرق يبنى على الاصل الذي ذكرناه في النكاح لمجدد حجه الله وهو ان الاشارة مع التسمية اذا اجمعتا في مختلفي الجنس يتعلق العقد بالاسمي وبطل لانعدامه في متحدى الجنس يتعلق بالشار اليه وينعقد لوجوده ويختبر لغوات الوصف كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب وفي مسئلتنا المذكور والانثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الاعراض وفي الحيوانات جنس واحد للتقارب فيه وهو المعتبر في هذا دون الاصل

الجارية فظهرت غلاما فالبيع باطل لعدم المبيع وهذه وامثالها تبني على الاصل الذي تقدم في المهرانه اذا اجمعت تسمية وشارة الى شيء كاذكرنا من هذه الجارية حيث اشار الى ذات وسمها جارية فان المسمى مع المشار اليه جنسان مختلفان كانت العبرة للتسمية لان التسمية تبلغ في التعريف من الاشارة لان الاشارة تعرف الذات الحاضرة والتسمية تعرف الحقيقة المندرجة فيها تلك الذات وغيرها من ذوات لا تخصي معرفة عند العقل بالشيء بالذات وغيرها ونحن في مقام التعريف في معلق بما تدرى فيه ابلغ وحينئذ يبطل العقد لعدم المبيع الذي هو المسمى ذكره المصنف وهو الظاهر من قول محمد فانه عبر هنا بقوله فلا بيع بينهما وقيل بل هو فاسد وان كانا من جنس واحد الا ان اختلافهما بالصفة فاحش كان أيضا كاختلاف الجنس فيكون البيع باطلا وان كان قليلا اعتبرت الاشارة في العقد بالبيع لوروده على مبيع قائم الا انه ذكر في نفسه وصفا مرغوبا فيه فلم يجده المشتري فيثبت له الخيار وقول المصنف (والفرق يبنى على الاصل الذي ذكرناه في النكاح لمجدد) لا يريد ان الاصل يختلف فيه بل هو متفق عليه وانما ذكره محمد في خلافته في المهر مستد لاه على قوله فيما اذا تزوج على هذا الدن من الخلل فاذا هو خرف من الجنسين كل ذكر مع أنثى من بني آدم وان كان متحدى الجنس المنطقي وهو الذاتي المقول على كثير من مختلفين بميز داخل فقد اختلفا بمختلفين باختلاف الذكر والانثى من سائر انما غير الاسمي فان البيع ينعقد ويثبت الخيار ونقل القدوري عن زفرانه جعل الذكر والانثى من بني آدم كاذكر والانثى من غيرهما حكما يجوز البيع واجيب بالفرق بفحش اختلاف الاعراض منها فالحقا بالجنسين فالغلام والخدمه الخارج كالزراعة والتجارة والحراثة والانثى لخدمه الداخل كالعجن والطبخ والاستقراش بخلاف الغلام فكانا مختلفين كما اختلف الجنس بل ليس الجنس في اللغة الا المقول على كثير من لا يتفاوت الغرض منها فاحشا فالجنسان ما يتفاوت منها فاحشا بل انظر الى الذاتي وهذا قول المصنف (وهو المعتبر في هذا دون الاصل) يعني المعتبر في انهما جنسان أو جنس واحد

والفرق يبنى على الاصل الذي ذكرناه وهو متفق عليه في حكمه لكن ذكرنا ذلك الاصل المتفق عليه في وجه قول محمد رحمه الله في مسئلة ما اذا تزوجها على هذا الدن من الخلل فاذا هو خرف فلا تغايرهم على ذلك الاصل لم يقع الخلاف هنا في مسئلة من باع جارية فاذا هو غلام (قوله في مختلفي الجنس يتعلق العقد بالاسمي) وفي الجامع الصغير للترمذي اشار في البيع وسمى فان كان المشار اليه خلاف المسمى جنسا يتعلق العقد بالاسمي اذ لم يعلم المشتري ان المشار اليه خلاف جنس المسمى فان علم تعلق بالمشار اليه حتى لو قال بعثك هذه الجارية وأشار الى العبد تعلق العقد بالعبد وكذا لو قال اشترى جارية بهذه الدراهم وأشار الى الدنانير تعلق التوكيل بالدنانير وذكر في الاسلام حجه الله انما يتعلق بالمشار اليه في متقي الجنس لان الجمع بين الاشارة والتسمية هناك يمكن بان يجعل الاشارة للتعريف والتسمية للترغيب حتى لو قال بعث هذا العبد الخباز فاذا هو ليس بخباز كان البيع صحيحا وكان ذكر الوصف للترغيب واذا كان بخلاف جنس المسمى يتعلق العقد بالاسمي لان العقد يبنى على المسمى وهو المقصود والبناء على المقصود واجب ويختبر لغوات الوصف وذكر في الفوائد الظهريه ويثبت الخيار اذا كان الموجود ناقصا هكذا ذكره هنا وهكذا أيضا ذكره صدر الاسلام في الجامع الصغير وذكر صاحب المصيطر ان المشتري الخيار من غير تقييد بكونه ناقصا وهو الصحيح لغوات المقصود المدلول عليه بالاشراط (قوله جنسان للتفاوت في الاعراض) فالمبتني من العبد الاستخدام خارج الدار ومن الاما لا استخدام داخل الدار كالطبخ والكس والاستقراش والاستيلاد (قوله للتقارب فيها)

البيت كالا ستقراش
والاستيلاد الذين لم يصلح
لوصفها الغلام بالسكينة
والكس والتعجب جنس
واحد لان الغرض السكينة
من الحيوانات الاكل
والركوب والخل والذكر
والانثى في ذلك سواء فالعقب
في اختلاف الجنس واتحاده
تفاوت الاعراض دون
الاصل

كالخل واللبس فانهما جنسان مع اتحاد أصلهما فلم تغاوت والوذاري بكسر الواو وفتحها ثوب منسوب الى وذاري بفتح الواو بضمير قنبد والزندنجي ثوب منسوب الى زندنه قرية بخاري جنسان مختلفان على ما قال المشايخ في شرح الجامع الصغير واذا عرف هذا فاذا وقعت الاشارة على مبيع ذكر تسمية فان كان ذلك مما يكون الذكر والانثى فيه جنسين كبنى آدم فانه قد يتعلق بالسمى ويطلق بانه دامت واذ قال بعثك هذه الجارية فاذا هي غلام يطلق البيع لغوات التسمية التي هي ابلغ في التعريف من الاشارة فان التسمية لبيان الماهية يعني موصوفا بصفة والاشارة لتعريف الذات يعني مجردا عن بيان صفة (٦٨) والابلاغ في التعريف أقوى وان كان مما يكونان جنسا واحدا فالعقد يتعلق بالشار

كالخل واللبس جنسان والوذاري والزندنجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد أصلهما قال (ومن اشترى جارية بالف درهم حاله أو نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمس مائة قبل أن ينقد الثمن الاول لا يجوز البيع الثاني) وقال الشافعي رحمه الله يجوز لان الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع ومن غيره سواء

تفاوت الأغراض تفاوتاً بعيداً فيكون من اختلاف الجنس أو قريباً فيكون من الجنس الواحد دون اختلاف الأصل يعني الذاتي ولذا قالوا (الخل مع اللبس جنسان) مع اتحاد أصلهما بفحش تفاوت الغرض منهما (والوذاري والزندنجي كذلك والوذاري بفتح الواو وكسرها وانجام الدال ثم راء مهملة نسبة الى وذاري بفتح الواو قرية سميرقند والزندنجي بزي ثم نون ثم دال مهملة ثم فون أخرى ثم ياء ثم جيم نسبة الى زندنه بفتح الزاي والنون الأخيرة والجبم زيدت على خلاف القياس (مع اتحاد أصلهما) هكذا ذكره المصنف عن المشايخ وما ذكره لابي حنيفة في باب المهر يقتضي أنه اعتبر الخل مع الخبز جنسا واحداً ومقتضاه أن يعتبر الخل مع اللبس كذلك ومن المختلفين جنسا ما اذا باع فصاعاً على أنه ياقوت فاذا هو زجاج فالبيع باطل ولو باعه ليل على أنه ياقوت أحر فظهر أصفر صريح ويخبر كما اذا باع ٣ عبد على أنه خبز فاذا هو كاتب كذا ذكره المصنف وان كانت صناعة الكتابة أشرف عند الناس من الخبز كان المصنف ممن لا يفرق من المشايخ بين كون الصفة ظهرت خيراً من الصفة التي عينت أولاً في ثبوت الخيار كما أطلق في المحيط ثبوت الخيار وذهب آخرون منهم صدر الاسلام وظهر من الدين الى أنه انما يثبت اذا كان الموجود أنقص وصحح الاول لغوات غرض المشتري فان الظاهر ان غرضه من يقوم بحاجته التي عينها لا بما ليس غرضه الا الآن وكان مستند المفضلين ما تقدم فيمن اشترى عبد على أنه كافر فاذا هو مسلم لا خيار له لانه خير مساعين وقد يفرق بان الغرض وهو استخدام العبد بما يليق به لا بتفاوت بين مسلم وكافر من الزراعة أو مورها أو التجارة أو مورها بخلاف تعيين الخيار والكتابة ونحوه فانه يقيد أن حاجته التي لاجلها اشترى هي هذا الوصف (قوله ومن باع جارية بالف درهم حاله أو نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع قبل نقد الثمن) بمثل الثمن أو أكثر جاز وان باعها من البائع باقل لا يجوز وعندنا وكذا لو اشترى عبده أو مكاتبه ولو اشترى ولده أو والده أو زوجته فكذلك عنده وعندهما يجوز لتباين الاملاك وكان كمالواشترائه آخر وهو يقول كل منهم بمنزلة الآخر ولذا لا تقبل شهادة أحدهما للآخر ولو اشترى وكيل البائع باقل من الثمن الاول جاز عنده خلافاً لهـ مالان تصرف الوكيل عنده يقع لنفسه فلا يجوز للمسلم أن يوكل ذمياً بشراء خبر وبيعها عنده ولا كمن ينقل الملك الى الموكل كما في ظاهر الكتاب كما لو اشتراه لنفسه فان فو رثه البائع وعندهما عقد الوكيل كعقده ولو اشتراه وارثه يجوز في ظاهر الرواية عنهم وعن أبي يوسف لا يجوز ولو باعه المشتري من رجل أو وهبه ثم اشتراه البائع من ذلك الرجل يجوز ولاختلاف الاسباب بالاشبهه وبه تختلف المسببات وقولنا قال مالك وأحمد وقيد بقوله قبل نقد الثمن لان ما بعده يجوز بالاجماع باقل من الثمن وكذا لو باعه بعرض قيمته أقل فالمتقى من السكك اللحم أو الوال كوب أو الحسل الوذاري بفتح الواو وكسرها والذال المعجمة ثوب منسوب الى

اليهو يعتقد لوجوده لان العبرة اذ ذلك للاشارة للتسمية لان ما يبي وجد الاشارة اليه بالتسمية مقضيا بالشار اليه وقد ذكرنا ذلك في كتاب النكاح في تعليل محمد رحمه الله اذا باع كبشاً فاذا هو نسيئة صبح البيع لكنه يخبر لغوات الوصف المرغوب فانه اذا خرج عن كونه معرفاً جعل للترغيب حذراً عن الالغاء فصار كمن اشترى عبداً على أنه خبز فاذا هو كاتب فهو بالخيار وقد يشترى كلام المصنف على ثبوت خيار المشتري عند فوات الوصف من غير تقييد بكونه أنقص لان الظاهر ان صفة الخبز لا تروى على الكتابة وقد ذكر صاحب المحط والعناية كذلك وقال نشر الاسلام وأخوه صدر الاسلام والصدور الشهيد ان الموجود ان كان أنقص من المشروط الفات كان له الخيار وان كان زائداً فهو للمشتري ونص الكرخي على ذلك في مختصره واصل واحد منهما وجهاً الاول

فلان المشتري قد يكون محتاجاً الى خيار فبالزام السكاتب يتضرر فلا يتم منه الرضا وأما الثاني فلما تقدم ان المشتري اذا وجد الثوب المسمى عشرة تسعة خبر وان وجد أحد عشر فهو له بالخيار قال (ومن اشترى جارية بالف درهم) من اشترى شيئاً بالف درهم (حالة أو نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمس مائة قبل نقد الثمن)

قال المصنف (والوذاري والزندنجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد أصلهما) أقول الوذاري بفتح الواو وكسرها والذال المعجمة ثوب منسوب الى وذاري بفتح الواو قرية سميرقند والزندنجي ثوب منسوب الى زندنه قرية بخاري كذا في المغرب قوله كما اذا باع الخ كذا في نسخ ولعلها نسخة وقعت للسكك اهـ

وصار

فالبائع الثاني فاسد خلافاً للشافعي هو يقول المالك قد تم فيه بالقبض والتصرف فيه جائز مع غير البائع فكذلك ما عدا ذلك باع بمثل الثمن الاول أو بالزيادة على الثمن الاول أو بالعرض وقيمته أقل من المثل وحاصل ذلك ان شراء ما باع لا يخلو من أوجه اما أن يكون من المشتري بلا واسطة أو بواسطة شخص آخر والثاني جائز بالاتفاق مطلقاً أعني سواء اشترى بالثمن الاول أو ناقص أو بكثرة أو بالعرض والاول ما أن يكون باقلاً أو غيره والثاني باقسامة جائز بالاتفاق والاول هو المختار فيه فالشافعي رحمه الله يجوز قياساً على الاقسام الباقية وما اذا باع من غير البائع فانه جائز أيضاً بالاتفاق ونحن لم نجوز بالانزو والمعقول أما الاثر فاقال محمد بن ابي حنيفة يرضه الى عائشة رضي الله عنها ان امرأه سألتها فقالت اني اشتريت من زيد بن أرقم جارية بثمانمائة درهم الى العطاء ثم بعتهامنه بثمانمائة درهم قبل محل الاجل فقالت عائشة رضي الله عنها بثمان مائتين وبثمان مائتين أبلغني زيد بن أرقم ان الله أبطل حججه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب فانها زينة بن أرقم معتذرة فقلت عليه قوله تعالى فن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف ووجه الاستدلال انها جعلت جزاء مباشرة هذا العقد بطلان الحج والجهاد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وأخرية الافعال لان العلم بالرأي فكان مسموعاً من رسول الله صلى الله عليه وسلم والعقد الصحيح لا يجازي بذلك فكان فاسداً وأن زيداً يعتذر اليها وهو دليل على كونه مسموعاً في المجتهدين كان بعضهم يخالف بعضاً وما كان أحد هماً يعتذر الى صاحبه وفيه بحث لجواز أن يقال الحاق الوعيد بكون البيع الى العطاء وهو أجل مجهول (٦٩) والجواب أنه ثبت من مذهبنا جواز البيع الى العطاء وهو مذهب على رضي الله عنه فلا يكون كذلك ولا انها كرهت العقد الثاني حيث قالت بش ما شريت مع عرائنه عن هذا المعنى فلا يكون لذلك بل لانها تنظر فيه الى الثاني فان قبل القبض غير مذكور في الحديث فيمكن أن يكون الوعيد بالتصرف في البيع قبل قبضه أحجب بان تلاوته آية الراديل على أنه للبر بالعدم القبض فان قبل الوعيد فلا يستلزم الفساد كقاي تغريق الولد على الولد البيع فانه جائز مع وجود الوعيد أحجب بان الوعيد ليس للبيع فممة بل لنفس التفرق حتى لو

و صار كولو باع بمثل الثمن الاول أو بالزيادة أو بالعرض ولنا قول عائشة رضي الله عنها تلك المرأة وقد باعت من الثمن (وقال الشافعي رحمه الله يجوز) كيفية ما كان كولو باع من غير البائع باقلاً من الثمن أو منه بمثل الثمن الاول أو أكثر أو بغير قيمة أقل من الثمن بجماع قيام الملك فيه لانه هو المطلق في الاصول التي عينها وتقييده بالعرض دون أن يقول كولو باع بخلاف جنسه وقيمته أقل لانه لو باع يذهب قيمته أقل من الدرهم الثمن لا يجوز عندنا استعساناً خلافاً لفرق قياسه على العرض بجماع انه خلاف جنسه فان الذهب جنس آخر بالنسبة الى الدرهم وجه الاستعسان انهم ما جنس واحد من حيث كونهم ما ثمناً ومن حيث وجب ضم أحد هماً الى الآخر في الزكاة فيبطل البيع احتياطاً أو ألزم ان اعتبار هماً جنساً واحداً لوجب التفاضل بينهما احتياطاً والجواب انه مقتضى الوجه بذلك ولكن في التفاضل عند بيع أحد هماً بعين الآخر اجزاء (ولنا قول عائشة) وذو قرية يسميهم قنيد والزندنجي ثوب منسوب الى زندنة قرية بخارا كذا في المغرب (قوله أو بالعرض) يعني اشترى بالف ثم باعها بالعرض قبل نقد الثمن وقيمته العرض أقل من المثل فانه جائز بالاتفاق ولو باعها بالدرهم ثم اشترى بالدينار وقيمة الدينار أقل من الثمن الاول لا يجوز عندنا استعساناً خلافاً لفرق وجه الله ولنا قول عائشة رضي الله عنها تلك المرأة وهو أن امرأه دخلت على عائشة رضي الله تعالى عنها وقالت اني اشتريت من زيد بن أرقم جارية الى العطاء بثمان مائة درهم ثم بعتهامنه بثمانمائة فقالت عائشة بش ما شريت وبش ما اشتريت أبلغني زيد بن أرقم ان الله تعالى أبطل حججه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب فانها زينة بن أرقم معتذرة فقلت عليه قوله تعالى فن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف فهذا الوعيد الشديد

فرو بدون البيع كان الوعيد لاحقاً أو ما الثاني فهو ما قال ان الثمن لم يدخل في ضمان البائع لعدم القبض فلذا وصل اليه البيع ووقعت المقاصة بين الثمنين بقيه فضل خمسة بلا عوض وهو ربا فلا يجوز بخلاف ما اذا باع من غيره لان الربح لا يحصل للبائع وبخلاف ما اذا اشترى البائع بواسطة مشتراً آخر لانه لم يعد اليه المستفاد من جهة لان اختلاف الاسباب بمنزلة اختلاف الاعيان وبخلاف ما اذا اشترى بالثمن الاول لعدم الربا وبخلاف ما اذا اشترى بكثرة فان الربح هناك يحصل للمشتري والمبيع قد دخل في ضمانه وبخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة وبخلاف ما اذا تعيب المبيع عند المشتري ثم اشترى البائع باقلاً من الثمن الاول لان النقصان يجعل في مقابلة الجزء الفائت الذي احتبس عند المشتري وبخلاف ما اذا اشترى بدينارين قيمتهما أقل من الثمن الاول قياساً وهو قول زفر لان ربا الفضل لا يتحقق بين الدرهم والدينار وفي الاستعسان لا يجوز لانهم ما من حيث الثمنية كالشيء الواحد فيثبت فيه شبهة الربح

(قوله والثاني باقسامة جائز بالاتفاق مطلقاً) أقول الامن وارنه نص عليه الاتعافي وغيره (قوله فقالت عائشة بش ما شريت) أقول أي بعث فان الشراء من الاضداد قال المصنف (ان الله أبطل حججه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم) أقول هذا على جيل الترويج والتهديد (قوله فلا يكون لذلك بل لانها تنظر فيه) أقول قوله فلا يكون أي الوعيد قوله لذلك أي اسكون البيع الى العطاء قوله تنظر فيه أي بالبائع الى العطاء (قوله دليل على انه لا ربا بالعدم القبض) أقول فيه بحث

بسمائة بعدما اشترت بسمائة بثمن ما شريت واشتريت بأبغى زيد بن أرقم أن الله تعالى أبطل جهده وجهاده
مع رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يتب ولان الثمن لم يدخل في ضمانه فاذا وصل اليه المبيع ووقعت
المقاصة بقي له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض بخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة

الى آخره مانع له المصنف عن عائشة يفيد أن المرأة هي التي باعته زيدا بعد ان اشترت منه وحصل له الربح لان
شريت بمعناه بعث قال تعالى وشروه بثمن بخس أى باعوه وهو راية أبي حنيفة فانه روى في مسنده عن أبي
اسحق السبيعي عن امرأة أبي السفران امرأة قالت لعائشة رضي الله عنها ان زيد بن أرقم باعني جارية بثمانمائة
دروهم ثم اشترها مني بسمائة فقالت يا بغيه ان الله أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب
في هذا أن الذي باع زيد ثم استرد وحصل الربح له ولكن راية غير أبي حنيفة من أئمة الحديث عكسوه روى
الامام أحمد بن حنبل حدثنا محمد بن جعفر حدثنا شعبة عن أبي اسحق السبيعي عن امرأة أنها دخلت على
عائشة هي وأم ولد زيد بن أرقم فقالت أم ولد زيد لعائشة اني بعثت من زيد غلاما بثمانمائة درهم نسيت واشترته
بسمائة فقد افقالت يا بغي زيدا أن قد أبطلت جهادك مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الآن تتوب بثمن ما
اشترت وبثمن ما شريت وهذا فيه أن الذي حصل له الربح هي المرأة قال ابن عبد الهادي في التتبع هذا اسناد
جيد وان كان الشافعي قال لا يثبت مثله عن عائشة وقول الدارقطني في العالية هي مجهولة لا يتحقق فيها نظر
فقد خالفه غير واحد ولولا أن عند أم المؤمنين عسا من رسول الله صلى الله عليه وسلم أن هذا المحرم لم تستجر أن
تقول مثل هذا الكلام بالاجتهاد وقال غير هذا لما لا يدرك بالرأي والمراد بالعالية امرأة أبي اسحق السبيعي
التي ذكرتم أنها دخلت مع أم الولد على عائشة قال ابن الجوزي قالوا ان العالية امرأة مجهولة لا يتحقق بنقل خبرها
قلنا هي امرأة جليلة القدر ذكرها ابن سعد في الطبقات فقال العالية بنت النعم بن شراحيل امرأة أبي اسحق
السبيعي سمعت من عائشة وقولها بثمن ما شريت أى بعثت قال تعالى وشروه بثمن بخس أى باعوه وانما ذمت
العقد الاول لانه وسيلة وذمت الثاني لانه مقصود بالفساد روى هذا الحديث على هذا النحو عبد الرزاق قال
أخبرنا معمر والثوري عن أبي اسحق عن امرأة أنها دخلت على عائشة في نسوة فساءلها امرأة فقالت كانت لي

دليل على فساد هذا العقد والحق هذا الوعيد لهذا المنع لا يهتدى اليه العقل اذ هي من المعاصي دون الكفر
لا يبطل شيئا من الطاعات الا أن يثبت شيء من ذنوب بالوحي فدل على أن ما قالته سماعة واعتذار زيد اليهود دليل على
ذلك لان في المجهولات كان يخالف بعضهم بعضا وما كان يعتذر أحدهم الى صاحبه فيها ولا يقال انما ألحققت
الوعيد به لاجل الى العطاء لانا نقول ان مذهب عائشة رضي الله عنها جواز البيع الى العطاء ولا نهى فقد كرهت
العقد الثاني بقولها بثمن ما شريت وليس فيه هذا المعنى وانما ذمت البيع الاول وان كان جائزا عند هالانه
صار ذمة الى البيع الثاني الذي هو موسوم بالفساد وهذا كما يقول اصحابه بثمن البيع الذي أوفعت في
هذا الفساد وان كان البيع جائزا فان قيل يحتمل أنها ذمت البيع الاول لفساده بجهالة الاجل وأنها
رجعت عن تجوز البيع الى العطاء والبيع الثاني لانه بيع المبيع قبل القبض اذا القبض لم يذم كره في
الحديث قلنا الرجوع لم يثبت وانما ذمت البيع الثاني لاجل الربا حتى تلت عليه آية الربا وليس في بيع
المبيع قبل القبض الربا (قوله بثمن ما شريت) أى بعثت لان الشراء يستعمل في معنى البيع قال الله تعالى
وشروه بثمن بخس دراهم معدودة أى باعوه ثم انما قدمت العقد الثاني لان الفساد فيه مقصود وفي الاول
باعتبار الوسيلة فان قيل قد جاء الوعيد أيضا في تفريق الولد عن الوالد بالبيع ومع ذلك لو فعله فله بيع جائز لا
فساد قلنا الوعيد هناك للتفريق لا للبيع حتى لو فرق بدون البيع كان الوعيد لاحقا أيضا لما يمكن
الانفصال بين البيع والتفريق في الجملة اهتبر منفصلا في جواز البيع وكره ذلك نسبة الى التفريق وأما ههنا
لما كان الوعيد لشبهة الربا والربا مخصوص بالبيع فواجب الفساد ولان في هذا لما كان شبهة الربا واجب
الفساد لان شبهة الربا بالتحقق بحقيقة الربا فواجب الفساد كحقيقته (قوله ولان الثمن لم يدخل في ضمانه) لان

قال (ومن اشترى جارية بخمس مائة ثم باعها لآخرى معها من البائع قبل ان ينقد الثمن بخمس مائة فالبائع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الاخرى) لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلته التي لم يشترها منه فيكون مشتر باللاخرى باقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبها ولا يشيع الفساد لانه

جارية فبعتها من زيد بن ارقم بثمانمائة الى العطاء ثم ابتعتها منه بستمائة فنقدته الستمائة وكتب على ثمانمائة فقالت عائشة الى قولها الا ان تنوب وزاد فقالت المرأة لعائشة ارايت ان تجسدت رأس مالي ورددت عليه الفضل فقالت فن جاهدوه وخطه من ربه فانتهى فله ما سلف لا يقال ان قول عائشة وردها لجهالة الاجل وهو المبيع الى العطاء فان عائشة كانت ترى جواز الاجل الى العطاء ذكره في الاسرار وغيره والذي عقل من معنى النهي انه اسنر بجم ماله في ضمانه ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ماله بضمين وهذا لان الثمن لا يدخل في ضمانه قبل القبض فاذا عاد اليه الملك الذي زال عنه بعينه وبقي له بعض الثمن فهو ربح حصل لاعلى ضمانه من جهة من باعه وهذا لا يوجد فيما اذا اشتراه بمثل الثمن أو أكثر فبطل الحاق الشافعي بذلك بخلاف ماله باع المشتري من غير البائع فاشتراه البائع منه لان اختلاف الاسباب يوجب اختلاف الاعيان حكما وكذا لو دخل في المبيع عيب فاشتراه البائع باقل لان الملك لم يعد اليه بالصيغة التي خرج فلا يتحقق ربح ماله بضمين بل يجعل النقصان بمقابلته الجزء الذي اجتنب عند المشتري سواء كان ذلك النقصان بقدر ذلك العيب أو دونه حتى لو كان النقصان نقصان سفر فهو غير معتبر في العقد ولانه فتنو في رغبات الناس فيه وليس من فوات جزء من العين ولذلك اذا اشتراه بجنس آخر غير الثمن جاز لان الربح لا يتحقق عينه مع اختلاف الجنس لان الفضل انما يظهر بالتقويم والمبيع لا يعتد بذلك بخلافه بجنس الثمن الاول لظهوره بالتقويم وقد ورد عليه تجوز بركون انكاره انما يتلوه في المبيع الثاني قبل قبض المبيع اذا قبض لم يذ كر في الحديث فلذا لا يصح هذا لانهم اذ منته لاجل الربا بقرينة تلاوة آية الر باوليس في بيع المبيع قبل القبض باولا يخفى ضعف هذا الجواب لان تلاوة الآية ظاهرة في كونها لا شتما لها على قبول التوبة جوابا لقول المرأة ارايت ان تجسدت رأس مالي ورددت عليه الفضل كان هذا مع التوبة فقلت آية ظاهرة في قبول التوبة وان كان سوفها في القرآن في الر باو ورد عليه طلب الفرق بين النهي عن بيع الولد السكان مع أمه مفرد الموم بوجوب الفساد فلم أو جبه هذا النهي اوجب بان النهي اذا كان لا مبرر جع الى نفس المبيع أو جبه وان كان لا مبرر خارج لا والنهي فيما ذكر للتغريق لالنفس المبيع حتى لو فرق بينهما بغير المبيع اثم ففكره المبيع في نفسه كالبيع وقت النداء وهما هو شبهة الر باو هو مخصوص بالمبيع واشبهة الر باو حكم حقيقته (قوله ومن اشترى جارية بخمس مائة ثم باعها لآخرى معها من البائع) بخمس مائة قبل نقد الثمن فالبائع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الاخرى وهذا فرع المسئلة السابقة وهي ان شراء ما باع من المشتري باقل مما باعه به قبل نقد الثمن لا يجوز (د) وجهه (انه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلته التي لم يشترها منه فيكون مشتر باللاخرى) والتي باعها (باقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبها) وهي التي ضمت اليها وورد عليه أن

الثمن قبل القبض لا يدخل في ضمان البائع فاذا عاد اليه عين المبيع بالصيغة التي خرج عن ملكه وتقابل خمسمائة بخمس مائة قصاصا لم للبائع خمسمائة مع سلامة الجارية له وهذه الزيادة ربح ماله بضمين لانها تنشأ من زيادة الثمن الاول على الثمن الثاني والثمن الاول لم يدخل في ضمانه بخلاف ما اذا اشتراه بمثل الثمن الاول أو أكثر لان الر ببحر ثم حصل للمشتري والمبيع دخل في ضمانه وبخلاف ما اذا باعه بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة (قوله ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها) أي في المشتراة لكونه يجتهد فيه لما أن شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن جائز عنده فلما ضعف الفساد فيها لم يتعد الى المضمومة اليها كولو باع عبدا ومدبر احيى يصح البيع في العبد لضعف فساد المبيع في المدبر حتى لو قضى بجوازه يجوز ان قيل أليس أنه اذا أسلم برافى شيرو زبيب يغس في السكل عند أبي حنيفة رحمه الله وكذا اذا أسلم قوهية في قوهية ومروية ثم ان

قال (ومن اشترى جارية بخمس مائة) هذه من فروع المسئلة المتقدمة لانها مبنية على شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن ولهذا لم يجوز البيع في التي اشتراها من البائع ويدها ما قال لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلته التي لم يشترها منه فيكون مشتر باللاخرى باقل مما باع وقد تقدم فساد وفوتض بما اذا باعها بالف وخمس مائة فان البيع فاسد ذكرها في جامعها الامنان في الاتقان فمس الامنة ونظر الاسلام ولو كان الفساد في المسئلة الموضوعة في الكتاب كما ذكرتم لما فسد البيع لان عند القسمة نصيب كل واحد منهم أكثر من خمسمائة فلا يجزى فيه الاصل المذكور وأوجب

بان الفساد لغة تدبر جهات الجواز وبيانه انالو جعلناه بازاء ما بها الفاجاز وان جعلنا ألفا وجة جاز وهلم حرار ليس البعض بالجل عليه
أولى من بعض فامتنع الجواز وبينه نظرا لان اضافة الفساد الى تعدد جهات الجواز يشبه الفساد في الوضع فلا تكون صحيحة على أنه معارض
بان تجعل الجارية التي لم يشترها منه في مقابلة مائة ومائتين وثلاثمائة أو أقل أو أكثر فتعد جهات الجواز وليس البعض أولى وبان كل جهة
تصلح أن تكون على الجواز فاعتبار الجهات في مقابلة جهة الجواز من جهة عليهما تر جحها بكثر الادلة وهو لا يجوز على ما عرف والاولى أن يقال
جهات الجواز تقتضيه وجهات الفساد تقتضيه والتر جح هنا للفساد تر جح للمعصية ولا يسري الفساد منها الى غير المشتراة لان الفساد ضعيف
فيها لا مورا لانه مجتهد فيه بخلاف الشافعي المتقدم وفيه نظر أما أولا فلان كونه مجتهدا فيه ان كان خلاف الشافعي فلا يكاد يصح لان خلاف
الشافعي كان بعد وضع المسئلة فكيف (٧٢) توضع المسئلة بناء على شيء لم يقع بعد ولان أبا حنيفة رحمه الله أهل اسلام القوهية

ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه

علة الفساد في التي باعها ثم اشتراها لو كان أصابة حصتها اياها أقل من خمسة مائة المستلزم لشراؤها باقل
مما باعها به لزم أن لا يفسد البيع في التي اشتراها بخمس مائة لو باعها وأخرى معها بالف وخمس مائة لان عند
تقسيم الثمن عليهما يصيب كلاهما أكثر من خمسة مائة وليس فيه شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن
لكن ذكرنا أنه أيضا فاسد أصابا جيب بان الفساد في هذه المعنى آخر وهو تكثر جهات الجواز وليس البعض
في الحل عليه باولى من البعض فامتنع الجواز بخلاف الاكرار وأما الها حيث يتعري الجواز فيها لتعين جهة
الجواز على ما يجي في كتاب الصرف وهذا الوجه لزم أن يمنع ثبوت وجبه موجهات تثبت له دفعة فيمتنع
تعدد العلل لانه يقال فيها مثل ذلك ثم لا يبيح الفساد في الجار تبين وما أشبه مع قول قائل اذا كثرت جهات
الحل بالمعارض يحرم والحق أن بينهما ما فرقا فان هناك الموجبات متحققة وهما المجوز موقوف على الاعتبار
فاذا اعتبر واحد امكن اعتبار غيره ولكنه لا يزيد النظر الا وكادة فان الاخر قول الاعتبار لا وجود له ومع ذلك
لم يعمل المجوز الذي وجد وتحقق بتحقيق الاعتبار فليست امل وحين فهم بعض الشارحين ضعف هذا الوجه عدل
الى وجه ذكر أنه الوجه وهو أن من المكنات أن يعتبر في مقابلة الجارية الاولى من الاف وخمس مائة أقل من
خمس مائة واجتمع فيها محرم ومبيح فيفسد وليس هذا من المذهب في شيء بل اذا اجتمع فيه اعتبر وجه الصحة
تصحيحا كما سيأتي في بيع قفيز حنطة وقفيز شعير بقفيز حنطة وشعير حيث يصح ويتعري للجواز اعتبار
التصحيح تصرف المسلم ولا اشكال فيه على قوله ما بل على قوله لان مذهب أبي حنيفة أن البيع اذا فسد بعضه
فسد كله اذا كان الفاء ادم مقارنا ففسد المصنف بوجوه أولها أن الفساد فيما بيعت أولا ضعيف لاختلاف
العلماء فيه كذا كرنا من مذهب الشافعي فلم يسر للآخرى اذا اشترى عيدين فاذا أحدهما مدبر لا يفسد في
الاخر كذلك بخلاف الجميع بين حر وعبد واستثنى كل بمال أو سلم قوهية في قوهي ومروى فانه باطل في السك
عنده وعندهما يصح في المروى كالأول سلم حنطة في شعير وزيت عنده يهطل في السك وعندهما يصح في حصة
الزيت مع ان فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه فان اسلام هر وى في هر وى جائز عند الشافعي ولا خلاص
منه الابتغير لتعليل تعدى الفساد بقوة الفساد بالاجماع عليه الى تعليله بأنه يجعل الشرط الفاسد في أحدهما
وهو شرط قبول العقد في الهر وى شرط القبول في المر وى فيفسد في المر وى بالشرط الفاسد في الهر وى
فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه لانه لو سلم ثوبا هر وى ياتي ثوب هر وى يجوز عند الشافعي رحمه الله
وكذلك يجوز عنده اسلام القوهي في القوهي ومع ذلك تعدى فساد ذلك الى المقر ونبه وهو اسلام القوهي

في القوهية والمروية
مع ان فساد العقد بسبب
الجنسية مجتهد فيه فانه لو
أسلم قوهية في قوهي جاز عند
الشافعي ومع ذلك تعدى
فساد ذلك الى المقر ونبه وهو
اسلام القوهي في المروية
واما لان الفساد في المشتراة
باعتبار شبهة الربا فلو
اعتبرناها في التي ضمت اليها
كان ذلك اعتبارا بالشبهة
النسبية وهي غير معتبرة
وبيانه أن في المشتراة شبهة
الربا بأن في المسئلة الاولى
انما لم يصح شراء ما باع
باقل مما باع قبل نقد الثمن
لشبهة الربا لان الفواو
وجوب للبائع بالعقد الاول
لكنها على شرف السقوط
لاحتمال أن يجد المشتري بها
عيبا فغيرها فيسقط الثمن
على المشتري وبالبيع الثاني
يقع الامن عنه فيصير البائع
بالعقد الثاني مشتريا لفا
بخمس مائة من هذا الوجه
والشبهة ملحقه بالحققة في

باب الربا واما لان الفساد طارئ لوجهين أحدهما انه قابل الثمن بالجار تبين وهي مقابلة صحيحة اذ لم يشترط فيها ان يكون بازاء او
مباعاة أقل من الثمن الاول لكن بعد ذلك انقسم الثمن على قيمتهما فصار البعض بازاء ما باع والبعض بازاء ما لم يبيع ففسد البيع فيما باع ولا شك
(قوله وبيانه انالو جعلناه بازاء ما بها) أقول أنت الضمير الراجع الى الموصول باعتبار كونه عبارة عن الجارية يقر قوله والاولى ان يقال جهات
الجواز تقتضيه وجهة الفساد تقتضيه أول فيه بحث ثم اعلم أن الضمير الاول في قوله تقتضيه راجع الى الجواز والضمير الثاني في تقتضيه راجع
الى الفساد (قوله وفيه نظر أما أولا فلان كونه مجتهدا فيه الخ) أقول يجوز ان يقال المراد من قوله مجتهدا فيه انه محل للاجتهاد قابل له وقوله بخلاف
الشافعي دليل على ذلك فانه لو لم يكن محلا لاجتهاد لم يخالف الشافعي فيه فليتدبر (قوله ومع ذلك تعدى فساد ذلك الخ) أقول وأجيب بان السلم
مبناه على المضاربة فلذلك اعتبر فيه شرط لم تعتبر في مطلق البيع فينا سبه السراية بخلاف ما نحن فيه وأجيب في الكافي بجواب آخر فراجع

أولانه باعتبار شبهة الربا وأولانه طارئ لأنه يظهر بانقسام الثمن أو المقاصة

باتحاد الجنس وكذا اعترف به شمس الأئمة بعد أن علم هو به في شرح الجامع ثانيها ان الفساد في الاولى لشبهة
الربا وسلامة الفضل للبائع الاول بلا عوض ولا ضمان يقابله وهو منتف في المضمر وتنفوا اعتبارنا تلك الشبهة في
التي ضمت الى المشتراة أولا كان اعتبار الشبهة الشبهة وهذا أحسن من تقرير قاضيه اعتبارا لشبهة بان
الالف وهو الثمن الاول على شرف السقوط لاحتمال أن يجد المشتري بها عيبا فيرده فيسقط الثمن عن المشتري
وبالبيع الثاني يقع الامن عنه فيكون البائع بالعقد الثاني مشتريا بالغا بمسماة ثالثة ان الفساد في الاول
طارئ غير مقارن وله وجهان أحدهما انهم ما لم يذكروا في العقد ما يوجب فسادا فانه قابل الثمن بالجاري يتبين
وهذه المقابلة صحيحة ولكن بعد ذلك ينقسم الثمن على قيمته ما فيصير البعض بازا ما لم يبيع فيه ينفذ بفسد البيع
فيما باعه وهذا فساد طارئ لأن الانقسام بعد وجوب الثمن أي بعد وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني
فلا يتعدى الى الاخرى والاخر بسبب المقاصة فان المقاصة تقع بين الثمن الاول والثمن الثاني فيبقى من الثمن
الاول فضل بلا عوض وذلك لان البائع الاول لما باعه بألف ثم اشتراها بخمس مائة قبل النقد فتقاصا الخمسمائة
بخمسمائة مثلهما فيبقى للبائع من الثمن الاول فضل خمسمائة أخرى مع الجارية والمقاصة تقع عقيب وجوب
الثمن على البائع بالعقد الثاني فيفسد عندها فهو طارئ فلا يظهر في الاخرى كمن باع عشرين صفقة وبين ثمن كل
ثم ألحقا في ثمن أحدهما أجل هو وقت الحصاد ففسد البيع فيه ولا يتعدى الى الآخر فكذا ما نحن فيه وأورد
ينبغي أن يفسد العقد في الآخر لمعنى آخر وهو انه جعل قبول العقد فيما لا يصح وهو ما باعه أو لا شرط القبوله
في الآخر قلنا قبول العقد فيه ليس شرطا فسادا لا يرى أنه لو كان ثمنه مثل الثمن الاول أو خلاف جنسه كان
صحها وانما الفساد لاجل الربح الحاصل لاجل الضميمة وهذا يقتصر على العبد الذي باعه ولا يتعدى الى العقد
الثاني وفي المبسوط لو اشتراه البائع مع رجل آخر جاز من الاجنبي في نفسه ولو ولدت الجارية عند المشتري ثم
اشترها منه باقل ان كانت الولادة نقصت جاز كل دخلها عيب عند المشتري ثم اشتراها منه باقل وان لم تنقصها
في المروي والبرقي الزبيب قلنا ذاك ليس بطارئ تعدي الفساد كزعم البعض بل باعتبار أن رأس المال شرط
هذه والمسلم فيه مختلف فكان فسادا للمسلم في كل واحد منهما لجهالة ما يخص كل واحد منهما من رأس المال
والشيخ الامام شمس الأئمة السر حسي رحمه الله استضعف ذلك التعليل في المبسوط وقال بعد ذكر اسلام
القوهية في القوهية المروية وبهذا تبين أن الطريق ما قلنا في تعليل قول أبي حنيفة رحمه الله في مسئلة اسلام
الخنطة في الشعر والزبيب بان العلة المفسدة للعقد قد وجدت في الكل أما في حصة الشعر فظاهر وفي حصة
الزبيب فقد جعل قبول العقد في الشعر شرطا في قبول العقد في الزبيب لان من جمع بين الشيتين في العقد
الواحد فانه يكون شارطا عليه قبول العقد في كل واحد منهما ولهذا لو قبل العقد في أحدهما دون الآخر لا
يجوز وهذا شرط فاسد والمسلم بالشرط الفاسد يفسد بخلاف بيع القن والمدر لان العقد في المدر ليس
بفاسد ولهذا الواجرا القاضي يبيعه جاز دون ما قاله بعض مشايخنا لا في حنيفة رحمه الله أن الفساد اذا كان قويا
بجمع عليه تمكن في البعض تعدي الى ما بقي فان فساد العقد بسبب الجنسية غير مجمع عليه وسوى في الفصلين أي
فصل اسلام الخنطة وفصل اسلام القوهية على ما ذكرنا (قوله أولانه باعتبار شبهة الربا) من حيث أنه
يعود اليه كل رأس ماله معز يادة ليس بازا ثم اضمان وعوض وشبهة الربا كتحقيقه فلو اعتبرنا تلك الشبهة في
الجارية التي ضمت الى المشتراة لسكننا فاعتبرنا شبهة الشبهة وذلك لا يجوز (قوله أولانه طارئ) وله وجهان
أحدهما أنه ما شرط في العقد أن يكون بازا ما باعه أقل من الثمن الاول بل قابل الثمن بالجاري يتبين وهذه
المقابلة صحيحة ولكن بعد ذلك ينقسم الثمن على قيمته ما فيصير البعض بازا ما لم يبيع فيه ينفذ بفسد البيع
يبيع فيه ينفذ بفسد البيع فيما باعه وهذا فساد طارئ فلا يتعدى الى الاخرى والاخر بالمقاصة وذلك أن بائع
الجارية أولا لما باعه بخمسمائة ثم اشتراها وأخرى معها بخمسمائة تقاص الثمنان وبقي بعض الثمن فضلا

في كونه طارئا فلا يتعدى
الى الاخرى ولا يشكل بما
اذا جمع بين عيبين
وباعهما صفقة واحدة فان
الفسد مقارن لان قبول كل
منهما شرط لصحة العقد في
الآخر والعقد جاز في
العبد لان شمس الأئمة قد
قال البيهقي في المدر غير فاسد
ولهذا الواجرا القاضي يبيعه
جازا وسكننا غير نافذ طبق
المدر وذلك لمعنى فيه لا في
العقد فلهذا لا يتعدى الى
الآخر والثاني المقاصة
قوله لما باعه بألف ثم اشتراها
قبل نقد الثمن بخمسمائة
فتقاصا خمسمائة بخمسمائة
مثلهما فيبقى للبائع خمسمائة
أخرى مع الجارية والمقاصة
تقع عقيب وجوب الثمن
على البائع بالعقد الثاني
ففسد عندها وذلك لاشك
في طرده

(قوله لان شمس الأئمة قد
قال البيهقي في المدر) أقول
تعليل لقوله ولا يشكل الخ
(قوله والثاني المقاصة)
أقول معطوف على قوله
أحدهما انه قابل للثمن

فلا يسرى الى غيرها قال (ومن اشترى زيتا على أن يزنه بطرفه الخ) اشترى زيتا على أن يزنه ويطرح عنه مكان كل ظرف خسين رطلا فهو فاسد فانه شرط ما لا يقتضيه العقد فان مقتضاه أن يطرح عنه دون الطرف ما يوجد وعسى يكون وزنه أقل من ذلك أو أكثر فشرط مقدار معين بخلاف مقتضاه وان اشترى على أن (٧٤)

في زق الخ) ومن اشترى سمنا فلا يسرى الى غيرها قال (ومن اشترى زيتا على أن يزنه بطرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خسين رطلا فهو فاسد ولو اشترى على أن يطرح عنه وزن الطرف جاز) لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه قال (ومن اشترى سمنا في زق فرد الطرف وهو عشرة أرطال) فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة أرطال فالقول قول المشتري لانه ان اعتبر اختلاف في تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان أو أمينا وان اعتبر اختلاف في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول قول المشتري لانه ينكر الزيادة قال (واذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خرا وشرا ثم افعل جاز عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يجوز على المسلم)

لا يجوز لانه يحصل به رجحان على ضمائه (قوله ومن اشترى زيتا في ظرف) صورتهما في الجامع محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل اشترى من رجل هذا الزيت وهو ألف رطل على أنه يزنه بطرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خسين رطلا قال هذا فاسد وان كان قال على أن تطرح عني وزن الطرف فهو جاز لانه شرط يقتضيه العقد وهو شرط أن يتعرف قدر المبيع من غيره ليخص بالثمن بخلاف قوله على أن يزنه فيطرح عنه مكان كل ظرف عشرة أرطال أو خسين فان البيع حينئذ فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين لان زنة الطرف قد تكون أقل من خسين فيكون البيع بشرط ترك المبيع وهو نفع للمشتري وقد تكون أكثر منها فيكون البيع بشرط اعطاء ثمن لا في مقابلة مبيع وفيه نفع للبائع والمسئلة بعدهما فرع عليهما وهو ما في الجامع رجل اشترى من رجل السمن الذي في هذا الزق كل رطل بدرهم فوزنه له رزقه فبلغ مائة وقبضه المشتري فقال وجد السمن تسعين رطلا والزق هذا وزنه خمسة أرطال فالقول قول المشتري مع ميمنه الآن يقيم البائع البينة (لان هذا) الاختلاف (ان اعتبر اختلاف ارجعه الى تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان) كالغاصب (أو أمينا) كالمودع ولان البائع يدعي عليه زقا آخر والمشتري ينكر الزيادة وان اختلفا في قدر السمن المقبوض فرجعه خلاف في قدر الثمن (فالقول قول المشتري لانه ينكر الزيادة) واستشكل بمثلين احدهما ما اذا باع عبدين وقبضهما المشتري ومات أحدهما عنده وجاء بالآخر برده يعيب فاختلغا في قيمة الميت فالقول للبائع كما سيأتي في باب التحالف والثانية ان الاختلاف في الثمن يوجب التحالف وهنا جعل القول للمشتري على تقدير اعتباره اختلاف في الثمن أوجب عن الاول بانها مع هذه طرد فان كون القول للمشتري لا نكارة الزيادة وهناك انما كان للبائع لانكارة الزيادة وعن الثاني بان التحالف على خلاف القياس فيها عند دور ود الاختلاف في الثمن قصد او هذا الاختلاف فيه تبسع لاختلافهما في الزق المقبوض أهو هذا أولا فلا يوجب التحالف (قوله وإذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خرا وشرا ثم افعل جاز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) حتى يدخل الخمر والخنزير في ملك المسلم الموكل فيجب أن يخلل الخمر أو يريقها بسبب

من غير أن يقابله عوض والمقاصة تقع عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني فيفسد عند وقوع المقاصة فيكون الفساد طارئا (قوله لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد) لان مقتضى العقد أن يطرح عنه وزن الطرف ما يوجد وعسى وزنه أقل من خسين أو أكثر فكان شرط المخالفة مقتضى العقد ولانه يؤدي الى جهالة المبيع أو وجب أن يبق له بعض الزيت بغير الثمن أو أن يؤدي عن ما لا يصل اليه من الزيت (قوله ضمينا كان كالغاصب) أو أمينا كالمودع (قوله فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن) والقول للمشتري لانه ينكر الزيادة ولا يخالفان وان اختلفا في الثمن لان اختلافهما في الثمن تبع لاختلافهما في الزق والاختلاف في

بيع خرا وشرا ثم افعل جاز عند أبي حنيفة خلافا لهما) وحكم التوكيل في الخنزير وتوكيل المحرم حلالا ببيع وعلى صيده على هذا الخلاف قال الموكل لا يلي هذا التصرف فلا يولى غيره كتوكيل المسلم بجوسياتر ويججوسية ولا يثبت للتوكيل ينقل الى الموكل فصار كأنه باشره بنفسه ولو باشره بنفسه لم يجوز فكذا التوكيل به وقال أبو حنيفة المعترف في هذا الباب أهلستان أهلية التوكيل وأهلية

قال المصنف (ومن اشترى سمنا في زق فرد الطرف) أقول ذكره استطراد في فانه ليس من مسائل البيع الفساد

الموكل فالأولى أهلية العاقد وهي أهلية التصرف في المأمور به وللنصراني ذلك والثانية أهلية ثبوت الحكم له والموكل ذلك حكماً للعقد لا ليلزم انقضاء الملزوم عن المأذون لأن ترى إلى صحة ثبوت ملك الخمر للمسلم إن أذا أسلم مورثه (٧٥) النصراني ومات عن حر وخنزير لا يقال

الورثة أمر جبري والتوكيل اختياري فإني يتشابهان لأن ثبوت الحكم أعني الملك للموكل بعد تحقق العلة أعني مباشرة التوكيل جبري كذلك ثبت بدون اختياره كإني الموت ألا ترى أن المأذون له النصراني إذا اشترى خيراً يثبت الملك فيه بالمسؤولية المسلم بالاتفاق وإذا ثبتت الأهلية لم يمنع العقد بسبب الإسلام لأنه جالب لاسابغ الموكل به أن كان خمر أخلاها وان كان خنزير راسيه لكن قالوا هذه الوكالة مكرهة أشد كراهة وقولهما الموكل لا يملك فلا يملك غيره منقوض بالتوكيل بشراء عبده بعينه إذا وكل آخر بشرائه لنفسه فإنه يثبت الملك للتوكيل الأول وهو بنفسه لا يملك الشراء لنفسه وبالقاضي إذا أمر ذمياً ببيع خمر أو خنزير خلفه ذمياً آخر وهو لا يملك التصرف بنفسه وبالقاضي إذا وصى المسلم وقد تركهما فإن الوصي يوكل ذمياً بالبيع والقسم وهو لا يملك ذلك بنفسه والقاس على تزويج المجرم مدفوع فان حقوق العقد في النكاح ترجع إلى الموكل والتوكيل قال المصنف (كما إذا ورثهما) أقول بصورة أنهما بان

وعلى هذا الخلاف الخنزير على هذا التوكيل المحرم غيره ببيع صيده لهما أن الموكل لا يملك فلا يملك غيره ولأن ما ثبت للتوكيل ينتقل إلى الموكل فصار كأنه باشره بنفسه فلا يجوز ولا يحنيفه ثم جدد الله أن العاقد هو التوكيل بأهليته ولا يتنقل الملك إلى الأمر المحرم حكماً فلا يمنع بسبب الإسلام كما إذا ورثهما من كان الخنزير وهذا في الشراء وفيما إذا كان التوكيل بالبيع بان كان في ملك المسلم خمر أو خنزير وصورته أن يكون كافر أقبس على ما عوت قبل أن يملك ما واه وأرث مسلم فيرثهما فيوكل كافر ببيعهما فاعلم أنه يتصدن به ثم ما لم يكن الخبز فيه قال صلى الله عليه وسلم أن الذي حرّمها حرم بيعها وأكلها وقال أبو يوسف ومحمد ومالك والشافعي وأحمد حرم الله تعالى لا يصح هذا التوكيل وحاصل الوجه من جانبهم إثبات المنع الشرعي من هذا التوكيل ومن جانبه عدم المنع بالقدح في مانعة ما جعلوه مانعة فيبقى الجواز على الأصل لهم أن الموكل لا يملك بنفسه فلا يملك تولية غيره فيه وهذا معنى قول المصنف (الموكل لا يملك غيره فلا يملك غيره لأنه مفعول مقدم ليوكله كما أنه أسلم يملك تزويج المجوسية لا يملك توكيل غيره ببيعها أو أكلها) ولأن ما ثبت للتوكيل من الملك (ينتقل إلى الموكل فصار كأنه باشر) الشراء أو البيع (بنفسه فلا يجوز ولا يحنيفه أن التوكيل في البيع) (يتصرف بأهلية نفسه) لنفسه حتى لا يلزمه أن يضيف العقد إلى موكله

الزق لا يوجب التحالف لأنه ليس بمعقود به ولا معقود عليه وكذا الاختلاف فيما ثبت تبعاً لحكم التبعية يخالف حكم الأصل (قوله أن الموكل لا يملك غيره) فغيره لا يملك كسليم يوكل مجوسياً بان تزوجه بمجوسية حيث لا يصح بالاتفاق وأبو حنيفة رحمه الله يقول التوكيل إنما يملك التصرف لكونه حراً عاقلاً بالغاً ولهذا استغنى عن الإضافة إلى الموكل ويرجع الحقوق إليه والحاجة إلى التوكيل لا تتقال حكم التصرف إليه والموكل أهل لا تتقال ملك الخمر إليه إن أوصى بالارث بان أسلم النصراني وله خنزير وصورته أن يبيع الخنزير بر و تخليل الخمر وله وارث مسلم يملكها فان قيل الورثة ليست نظير مستثنان للورثة أمر جبري والتوكيل أمر اختياري والأمر الحكمي يوافق الجبري لا الاختياري قلنا ثبت للموكل بعد تحقق الوكالة أمر جبري أيضاً حيث يثبت الملك بدون اختياره كإني الموت بالاتفاق أن المأذون له إذا كان نصرانياً اشترى خيراً ومولاه مسلم يثبت الملك له فيها فيجب أن يكون هنا كذلك قيل يثبت بين الوكيل والموكل أحكام المبيعة حتى أن التحالف يجري بينهما عند التجاهد يثبت احتباس المبيع ويثبت الرد بالعيب هذه أحكام المبيعة تثبت بسبب الوكالة فينبغي أن يمنع عن التوكيل الذي يثبت هذه الأحكام لأن المسلم كاهو ممنوع عن حقيقة الشراء ممنوع أيضاً عما هو عليه بالشراء بما شراؤه حكمه ألا ترى أنه يمنع عن قبض الخمر حكماً للشراء الموجود منه حال كونه قلنا هذه الأحكام تثبت مضافة إلى الشراء لا إلى الوكالة والشراء وجد باختيار الوكيل لا حكمه لا و كالة بخلاف القبض لأنه يثبت بفعله واختياره وقد منع عن حقيقة البيع باختياره فكذلك يمنع عما يثبت به شبهة الشراء باختياره وهو القبض وقولهما أن الموكل لا يملك غيره لا يملكه منقوض عما سأل الوكيل بشرائه حتى بعينه ليس له أن يشترى به لنفسه بمثل ذلك الثمن وله أن يوكل غيره بذلك ومنها أن الذي إذا وصى إلى مسلم وقد ترك خيراً أو خنزيراً فإن الوصي يوكل ذمياً ببيعهم وقسمته وان كان لا يملك هو بنفسه ومنها أن المرء يرضى مرض الموت إذا باع بما يتقرب الناس في مثله وعليه دون مستغرة لئلا لا يجوز ومن وصيه بعد موته يجوز متى جاز عند أبي حنيفة رحمه الله أن كان خمر أخلاها وان كان خمر تصدق به لأنه عوض الخمر فتمكن الخبز فيه لقوله عليه السلام أن الذي حرّم شرها حرم بيعها وأكلها (قوله العاقد هو الوكيل بأهليته) الأصل أن الوكيل عند أبي حنيفة رحمه الله أصل في حق نفس التصرف ونائب عن الموكل في حكم

كان الذي فاسم فثبت قبض التخليل والتسبب فورثهما الوارث (قوله لا يقال إلى قوله لأن ثبوت الحكم) أقول لأن ثبوت الحكم الجواب لقوله لا يقال الورثة الخ

سفر لا غير قال (ومن باع عبدا
على أن يعتقه المشتري) شرع
في بيان الفساد الواقع في
العقد بسبب الشرط
وذكر أصلا جاعلا لرفع
أصحها بنا وتقرر به أن
الشرط ينقسم أولا الى
ما يقتضيه العقد وهو الذي
يفيد ما ثبت بمطابق العقد
كشرط الملك للمشتري
وشرط تسليم الثمن أو
المبيع والى ما لا يقتضيه وهو
ما كان بخلاف ذلك وهذا
ينقسم الى ما كان متعارفا
والى ما ليس كذلك وهذا
ينقسم الى ما فيه منفعة لاحد
المتعاقدين والى ما ليس فيه
ذلك وهذا ينقسم الى ما فيه
منفعة للمعتود عليه وهو
من أهمل الاستحقاق والى
ما هو بخلافه ففي القسم
الاول حاز البيع والشرط
يزيده وكادة لا يقال نهى
النبي صلى الله عليه وسلم عن
بيع وشرط وهو باطلا
بقضى علم جواز

;

لانه في الحقيقة ليس بشرط حيث أقادما أفاده العقد المطلق وفي الاول من القسم الثاني (٧٧) وهو ما كان متعارفا كبيع الثمن

مع شرط التشرية كذلك لان الثابت بالعرف قاض على القياس لا يقال فساد البيع شرط ثابت بالحديث والعرف ليس بقاض عليه لانه معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة والعرف ينفي النزاع فكان موافقا لمعنى الحديث فلم يبق من الموانع الا القياس على ما لعرف فيه بجماع كونه شرطا والعرف قاض عليه وفيما اذا لم يكن متعارفا وفيه منفعة لاحد المتعاقدين كبيع عبد بشرط استخدام البائع مسدة يكون العقد فاسد الوجهين لان فيه زيادة عارية عن العوض لانهما لما قصد المقلب بين المبيع والثمن خلا الشرط عن العوض وهو الرابح لا يقال لا تطلق الزيادة الاعلى المجانس للحريد عليه والشرط منفعة فكيف يكون بالانه مال جازا أخذ العوض عليه ولم يعرض عنه بشئ فكان ربا ولا يقع بسببه المنازعة في مقصوده فيعبري العقد عن مقصوده من قطع النزاع لما عرف في بيان أسباب الشرائع وفيما اذا كان فيه منفعة لامة قدود عليه

(قوله لانه في الحقيقة الخ) أقول جواب لقوله لا يقال

ثم جلة المذهب فيه ان يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين أو لامة قدود عليه وهو من أهل الاستحقاق يفسده كشرط فان الولاء لمن أعتق ففعلت عائشة الحديث وفيه دليل على جواز بيع المكاتب اذا رضى بالبيع وفيه بطلان قول من منع بيعه وقال انما اشترطت عائشة الولاء بسبب ما وقع في بعض الروايات وهو ان أحبوا أن أقضى عندك كتابتك وذلك لانه صلى الله عليه وسلم قال انما الولاء لمن أعتق ورد اشترطهم الولاء لانفسهم والعنق من عائشة رضى الله عنها وهذا لا خلاف فيه ولو قال قائل ان الشرط اذا كان أمرا لا يحل شرعا مثل أن يشترط أن لا يقع عتقك اذا أعتقته يبطل هو دون البيع فانه اغلوا على المشرط عليه أن يفعل له فيتم البيع كأنه لم يذكر اذا كان خارجا عن طاعة من شرط عليه أمكن ويكون أصل هذا حديث بريء وأما الحنفية فأنما لم يخصوه به لان العام عندهم يعارض الخاص و يطلب معه أسباب الترجيح والمخرج هنا العام وهو أنه من بيع بشرط وهو كونه مانعا وحديث بريء مخرج فيجمل على ما قبل النهي لان القاعدة الاصلية أن ما فيه الاباحة منسوخ بما فيه النهي وأما حديث جابر الذي استدل به ابن شبرمة فالشرط وهو استثناء جلالة لم يقع في طلب العقد كذا قاله الشافعي رحمه الله ونحن كذلك نقول مع الوجه الذي ذكرناه من تقديم العام فان قلت كيف قال الشافعي بافساد البيع بالشرط مع أن حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده من قبل المرسل عند كثير من أهل الحديث قلت ذلك اذ لم يصرح فيه بجحد أبيه عبد الله بن عمرو بن العاص وقد ورد عنه التصريح به فيما أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح مالم يضمن ولا يبيع مالم يضمن عندك ولهذا قال الترمذي حديث حسن صحيح وروى هذا أيضا من حديث حكيم بن حزام في موطنه بالكوفة وأخرجه الطبراني من حديث محمد بن سيرين عن حكيم قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أربع خصال في البيع عن سلف وبيع وشرطين في بيع وبيع مالم يضمن عندك وروى مالم يضمن ومعنى السلف في البيع البيع بشرط أن يقرضه دراههم وهو فرد من البيع الذي شرط فيه منفعة لاحد المتعاقدين وفي ذلك مما سياتي (قوله ثم جلة الامر فيه) أي في الشرط (انه اما أن يقتضيه العقد) كشرط أن يجلس المبيع الى

نفس المتصرف فيعتبر أهلية الموكل لنفسه المتصرف (قوله ثم جلة المذهب فيه) أي الاصل السلكي الشامل لغرض أصح بان يقال كل شرط يقتضيه العقد أي يجب بالعقد بلا شرط كشرط الملك للمشتري في المبيع أو شرط تسليم الثمن أو تسليم المبيع لا يفسد العقد لانه ثبت بمطلق العقد فلا يفسده الشرط الا ما كبدا وكذا كل شرط لا يقتضيه العقد الا أنه يلازم البيع أي يؤكده وجبه كالببيع بشرط أن يعطى المشتري بالثمن رهنا أو كفيلا وهو معلوم بالاشارة أو التسمية لا يفسد العقد أيضا لان الرهن شرع وثيقة وما كبدا لجانب الاستيفاء واستيفاء الثمن موجب العقد فسيأتي كده يلازم العقد والكفالة وثيقة لجانب المطالبة والمطالبة موجب العقد فسيأتي كدها يلازم العقد فلا يفسد فان لم يكونا معلومين فساد البيع لان جهالة الرهن والكفيل تغضي الى النزاع فالمشتري يعطيه رهنا أو كفيلا والبائع يطالبه بأشعر وكل شرط لا يلازم العقد الا أن الشرع ورد بجوازه كالتخيير والاجل أو لم يرد الشرع بجوازه لكنسه متعارف كشراء النعل على أن يحذوها أو يشرها لا يفسده أيضا استحسانا للتعامل وهو حجة بترك به القياس وكل شرط لا يقتضيه العقد ولا يلازمه ولم يرد الشرع بجوازه وليس متعارف وفيه منفعة لاحد المتعاقدين أو لامة قدود عليه وهو من أهل أن يستحق حقا على الغير بان يكون آدميا يفسد العقد كبيع عبد بشرط أن لا يبيعه المشتري فان العبد يعجبه أن لا يتداوله الا بدي وان لم يكن من أهل الاستحقاق بان اشترى فربا بشرط أن يعلفه كذا من ان الشئير أو لم يكن فيه منفعة لاحد كشراء دابة أو ثوب بشرط أن لا يبيعه بطل الشرط وصح البيع في ظاهر المذهب وعن

والسلام (قوله لانه معلول الخ) أقول جواب لقوله لا يقال فساد البيع (قوله بجماع كونه شرطا) أقول مفضيا الى ان زيادة العار يتعن العوض وفيه بحث (قوله لانه مال) أقول جواب لقوله لا يقال لا تطلق الخ وقوله مال أي في حكم المال

كشروط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع فان العبد يبيعه أن لا تتداوله الايدي وتحم العبد بالمعقود عليه حتى لو زعم انه حر كان البيع باطلا فاشترط منفعة كاشترط منفعة أحد المتعاقدين فهو فاسد بالوجهين وفيما إذا لم يكن فيه منفعة لاحد فالبيع صحيح والشرط باطل كشرط أن لا يبيع الدابة المبيعة لانه لا مطالب له بهذا الشرط فلا يؤدي الى الر با ولا الى المنازعة فكان الشرط لغوا وهو ظاهر المذهب وفي رواية عن أبي يوسف انه يبطل البيع به نص عليه في آخر ما زارعة لتضرر المشتري به من حيث انه يتعذر عليه التصرف في ملكه والشرط الذي فيه ضرر كالشرط الذي فيه منفعة لاحد المتعاقدين والجواب أن الاعتبار بالمطالبة وهي توجه بالمنفعة في الشرط دون الضرر وإذا ثبت هذا ظهر أن بيع العبد بشرط أن يعتقه المشتري أو يدره أو يكاتبه أو أمة على أن يستولدها المشتري فاسد لانها شرط لا يقتضيها العقد وفيها منفعة للمعقود عليه لان فضيلة الاطلاق في التصرف والتخيل لا الاكراه والشرط يقتضي الاكراه والمنفعة بينهما ظاهرة وليس أحدهما من العقد والشرط أولى بالعمل من الآخر فعملنا بهما وقلنا انه فاسد والغاسد ما يكون مشروعا بامره غير مشروع بوصفه فبالنظر الى وجود ركن العقد كان مشروعا وبالنظر الى عروضا الشرط (٧٨) كان غير مشروع فكان فاسدا ولا خلاف في هذه الجملة بيننا وبين الشافعي

الافى البيع بشرط العتق في قول فانه يجوز ويقيسه على بيع العبد نسمة وفسره في المبسوط بالبيع بشرط العتق وفسره المصنف بان يباع ممن يعلم انه يعتقه لان بشرط فانه فان كان تفسيره عند الشافعي ما ذكره المصنف مع قوله يقيسه لانها غير ان يصح قياس أحدهما على الآخر ظهر جامع وان كان تفسيره عنده ما ذكره في المبسوط فلا بد أن يفسر قول المصنف يقيسه بلحقه بدلالة النص للتأويل قياس الشيء على نفسه وبيان الحاقه بالدلالة أن يبيع العبد نسمة على ذلك التفسير ثبت بحديث بريرة اذا جاءت الى عائشة رضي الله عنها استعجفتها المكاتبه فقالت ان شئت عدتها لاهلاك واعقتك فرضيت بذلك فاشترتها واعقتها وانما اشترتها بشرط العتق وقد أجاز ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيره في معناها في هذا الشرط فالحق به دلالة وانما عبر المصنف عن الدلالة بالقياس لانها عند الشافعي قياس جلي على ما عرف في الاصول والحق عليه ما ذكرناه من الحديث والمعقول فالحد يثنى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيعه بشرط رواه أبو حنيفة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم والمعقول ما ذكرناه من وقوع المنازعة بسبب ذلك الشرط وكونه مخالفا لمقتضى العقد والجواب عن حديث بريرة أن تفسير النسمة ما ذكرناه وليس فيه اشتراط العتق في العقد وعاشت رضي الله عنها اشترت بريرة مطلقا وعدت لها أن يعتقها لترضى بذلك فان بيع المكاتب لا يجوز بدون رضاها النسمة من نسيم الرج وميتهم النفس وانصاب قوله نسمة على الحال على معنى مرضا العتق وانما صاع هذا لانه لما كثر ذكرها في باب العتق خصوصا في قوله عليه السلام فك الرقبة واعتق النسمة صارت كأنها اسم لها هو بعرض العتق

أبي يوسف رحمه الله أنه يفسده بالبيع (قوله أولا أنه تقع بسببه المنازعة) لانه متى كان منفعته كان مرغوبا عليه

عدها لاهلاك واعقتك فرضيت بذلك فاشترتها واعقتها وانما اشترتها بشرط العتق وقد أجاز ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيره في معناها في هذا الشرط فالحق به دلالة وانما عبر المصنف عن الدلالة بالقياس لانها عند الشافعي قياس جلي على ما عرف في الاصول والحق عليه ما ذكرناه من الحديث والمعقول فالحد يثنى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيعه بشرط رواه أبو حنيفة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم والمعقول ما ذكرناه من وقوع المنازعة بسبب ذلك الشرط وكونه مخالفا لمقتضى العقد والجواب عن حديث بريرة أن تفسير النسمة ما ذكرناه وليس فيه اشتراط العتق في العقد وعاشت رضي الله عنها اشترت بريرة مطلقا وعدت لها أن يعتقها لترضى بذلك فان بيع المكاتب لا يجوز بدون رضاها النسمة من نسيم الرج وميتهم النفس وانصاب قوله نسمة على الحال على معنى مرضا العتق وانما صاع هذا لانه لما كثر ذكرها في باب العتق خصوصا في قوله عليه السلام فك الرقبة واعتق النسمة صارت كأنها اسم لها هو بعرض العتق

(قوله فلا بد أن يفسر قول المصنف) أقول كيف يستقيم هذا الكلام بعد ما فسر المصنف بما فسر قوله وبيان الحاقه بالدلالة) أقول فيه تأمل

منفعة فيه لاحدا لا يفسده وهو الظاهر من المذهب كشرط ان لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لانهم انعدمت المطالبة فلا يؤدي الى الر با ولا الى المنازعة اذا ثبت هذا فنقول ان هذه الشروط لا يقتضيها العقد لان قضيته الاطلاق في التصرف والتخيير لا الالتزام حتمها والشروط يقتضي ذلك وفيه منفعة للمعقود وعليه والشافعي رحمه الله وان كان يخالفنا في العتق ويقيسه على بيع العبد نسمة فالحجة عليه ما ذكرناه وتفسير المبيع نسمة ان يباع ممن يعلم انه يعتقه لان يشترط فيه فلو اعتقه المشتري بعدما اشتراه بشرط العتق مع البيع حتى يجب عليه الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله وقال ينيق فاسدا حتى يجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا

فعملت معاملة الاسماء المتضمنة لتعني الاعمال كذا في المغرب فان وفي بالشروط واعتق بعدما اشتراه مع البيع ويجب الثمن عند أبي حنيفة وقال ينيق فاسدا كما كان فوجبت عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا تلف بوجه آخر كالقتل والموت والبيع وكذا باع بشرط التدبير والاستيلاء والكتابة وقد وفي المشتري بما شرط أو لم يف فانه مضمون بالقيمة اعتبارا للحقيقة الحرة يتحقق الجبرية (ولا ينيق فاسدا حتى يجب عليه الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله أن شرط العتق من حيث ذاته لا يلازم العقد

المزارعة من أن أحد المزارعين اذا شرط في المزارعة أن لا يبيع الآخرة نصيبه أو يهبه ان المزارعة جائزة والشروط باطل لانه ليس لاحد العاملين فيه منفعة وكذا ذكر الحسن في المجرى قال المصنف (وهو الظاهر من المذهب) لانه اذا لم يكن من أهل الاستحقاق (انعدمت المطالبة) والمنازعة (فلا يؤدي الى الر با) وما بطل الشرط الذي فيه المنفعة المبيع الا لانه يؤدي اليه لانه زيادة عارية عن العوض في عقد البيع وهو معنى الر با ومن مثل الباطل بيع العبد على أن يعتقه المشتري أو يكاتبه أو يديره والشافعي يخالفنا في شرط العتق في أحد قوليه فيصحه ثم ان أعتقه المشتري فذلك والاخير البائع في فسخ العقد ولا يجبر عليه في قول بعض أصحابه وفي قول آخرين يجبر قال المصنف (ويقيسه) الشافعي (على بيع العبد نسمة) ثم فسره (بان يبيعه ممن يعلم انه يعتقه لان يشترط فيه ذلك) وعلى تفسير المصنف هذا تتحقق صورة القياس وأما على تفسيره بان يباع بشرط عتقه فلا يصح لانه نفس المتيسر عليه الآن قوله لان يشترط فيه ففهم من قوته أنه نفس بعباده كخرخالف لتفسير الشافعي بذلك فنفاه وجنث يقرى الاعتراض عليه بانه حينئذ لا قياس قال (والحجة عليه ما ذكرناه) يعني من الحديث والمعنى وأنت علمت أنه يرجع الى تخصيص العام بالخاص كيفما وجد وهو مذهب، ولهذا خصه بحديث بريدة وجوابه ان ليس في حديث بريدة أصلا ان البيع كان بشرط العتق بل كان على وعد العتق منها وحينئذ فليس من تخصيص منع بيع بشرط في شيء ولا يصح البيع ممن يظن عتقه أصلا لقياس البيع بشرط عتقه لعدم الجامع ونسمة منصوب على الحال بمعنى معرض للعتق وغير بالنسمة عنه لكثرة ذكرها فيما اذا أعتقت في مثل قوله صلى الله عليه وسلم فلك الرقة وأعتق النسمة فصيرت كالاسم لمعارض للعتق فعولمت معاملة الاسماء المتضمنة لتعني الفعل (قوله فلو اعتقه المشتري الخ) هذا فرع على قولنا بفساد البيع بشرط العتق وهو أن المشتري بهذا الشرط لو أعتقه بعدما قبضه عتق ثم عند أبي حنيفة يرجع البيع صحا حتى يجب الثمن عنده وما لا يعود صحا فتلزم قيمته وأما لو أعتقه قبل القبض فلا ينيق فاسدا لاجتماع لانه لا يملكه قبل القبض لغساده البيع وجه قولهم انه تلف بعد أن ملكه بالقبض في بيع فاسدا (فلا ينقلب جائزا

فيه وكان له طالب فيقع بسببه النزاع متى لم يكن مرغوبا فيه لم يكن زيادة تعديرا ولم يكن له طالب فلا يؤدي الى الر با والنزاع فان قبل لما شرط المشتري أو البائع شرط في العقد فالظاهر أنه يجري على وجهه فلا يؤدي الشرط حينئذ الى المنازعة قلنا يفسد العقد بالشرط بظاهرا وما روى عن النبي عليه السلام غرض عن بيع بشرط فيعذر ذلك لا يجري الشارط على شرطه لان الشرط انما يراعى في البيع الصحيح (قوله ويقيسه على بيع العبد نسمة) والنسمة النفس من نسمة الرجيم ثم سميت بها النفس ومنها أعتق النسمة والله تعالى بارئ النسمة وأما قوله ولو أوصى بان يباع عبده نسمة سميت الوصية فالمراد ان يباع للعتق أي لمن يريد أن يعتقه وان تصابها على الحال على معنى معرض للعتق وانما صح هذا لانه لما كثر ذكرها في باب العتق ونحوه صافي قوله عليه السلام فلك الرقة وأعتق النسمة صارت كأنها اسم لها هو معرض للعتق فعولمت معاملة الاسماء المتضمنة لمعاني الاعمال كذا في المغرب (قوله لان يشترط) فيه نفى لما قاله الشافعي رحمه الله أن تفسيره البيع بشرط العتق (قوله فالحجة عليه ما ذكرناه) أي من الحديث والمعقول وهو أنه يفضي الى الر با والنزاع (قوله فلا ينقلب جائزا) أي بالاعتاق لان شرط الاعتاق متى كان مغسدا كان تحقيقه تفسيرا لفساده

على ما ذكرناه (من تقييد التصرف به المغاير لاطلاق) ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه منه للملك والمنهى لاشئ مقرر له ألا ترى أن العتق لا يمنع الرجوع بنقصان العيب (في النظر) (٨٠) إلى جهتين توقفت الحال بين بقائه فاسدا كما كان وبين أن ينقلب جائزا بوجود الشرط (فاذا وجد فقد

كما اذا تلف بوجه آخر ولا يوجب حنيفة رجسه الله ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه منه للملك والشئ بانتهائه يتقرر ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب فاذا تلف من وجه آخر لم يتحقق الملاممة فيقرر الفساد واذا وجد العتق تحققت الملاممة فيرجع الجانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا قال (وكذلك لو باع عبدا على أن يستخرجه البائع شهرا أو دارا على أن يسكنها أو على أن يقرضه المشتري درهمين أو على أن يهدي له هدية) لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وسلف ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلها شي من الثمن يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلها ما يكون اعاره في بيع وقد نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن صفقتين في صفقة

تحققت الملاممة فيرجع الجانب الجواز) عملا بالدليلين وتأمل حق التأمل تخصص من ورطة شبهة لا تكاد تتحل وهي ان هذا الشرط في نفسه اما أن يكون فاسدا أو لافان كان الاول فتحقيقه يقرر الفساد للثاني فساد الوضع وان كان الثاني كان العقدية في الابتداء جائزا وذلك لانه فاسد من حيث الذات والصورة لعدم الملاممة بجائز من حيث الحكم فقلنا بافساد في الابتداء عملا بالذات والصورة وبالجواز عند الوفاء عملا بالحكم والمعنى ولم يعكس لاننا نجد جائزا ينقلب فاسدا ووجدنا فاسدا ينقلب جائزا كالبيع بالرقيم بخلاف ما اذا تابعه بوجه آخر فانه لم ينقلب جائزا لعدم تحقق الشرط والسكلام فيه فتقرر الفساد بخلاف التدبير والاستيلاء والكتابة فان الملك لا ينتهي بهما يبقين لاحتمال قضاء القاضى بجواز بيع المذبر وأم الولد والمكاتب تخير في الاجازة والانتهاء انما يتحقق اذا وقع الامن عن الزوال من ملك المشتري الى ملك غيره كافي الاعناق والموت قال (وكذلك اذا باع عبدا على أن يستخرجه

كل لو تلف بوجه آخر) من موت أو قتل أو بيع أو هبة وقباضا على تدبيره واستيلاءه فان هناك الضمان بالقيمة اتفقا فهو أوفى بالشرط اعتبار الحقيقة الحرة يتحقق الحرية (ولا يوجب حنيفة أن شرط العتق وان كان (لا يلائم العقد على ما ذكرناه) يعني قوله لان قضية العقد الاطلاق في التصرف والتخير إلى آخره (ولكنه من حيث حكمه) وهو ثبوت الحرية (بلائمه لانه) أي العتق (منه للملك) الذي هو أثر البيع (والشئ بانتهائه يتقرر) وجوده والفساد لا تقرر له فكان صحها (ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب) اذا اطلع عليه بعد أن اعتقه بخلاف ما اذا تلف بوجه آخر لانه لا يصير بهذا الشرط ملائمة ينبغي على مجرد جهته المغسدة ولذا الوما لا ينقلب صحها لان عبوته لا يصير شرط العتق ملائمة وهو المنظور اليه في افساد العقد وتحججه وكون شئ آخر كالموت ونحوه ملائمة لا يصير به هذا الشرط الذي وقع مفسدا ملائمة وأما شرط التدبير والاستيلاء فكذا لا يصير العقد صحها اذا بره المشتري أو استولى لانه لا يصير به شرط التدبير والاستيلاء ملائمة لانه يتحقق امتناع ورود الملك عليه ولو لم يجد الجواز أن يحكم قاض بعهده بهما فيتقرر الفساد وأوردنا كان فعل هذا الشرط مصححا ينبغي أن يكون العقد صحها في الابتداء عند اضطراره أوجب بانه من حيث هو مخالف لقضية العقد وانما يلائمه باعتبار حكمه فعملنا في الابتداء قبل تحققة بقضية ذاته وعند تحقق حكمه بفعله بمقتضى حكمه ولو اشترى أمة بشرط أن يبطأها المشتري أو لا يبطأها فالبائع فاسد عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يجوز في الاول لانه ملائم للعقد قلنا الملائم له اطلاق الوطء الزامه وعند محمد يصح فبهما الاول لمالابي يوسف والثاني ان لم يقتضه العقد ولا يرجع نفعه لاحد فهو شرط لا طائل به (قوله) وكذلك لو باع عبدا على أن يستخرجه البائع شهرا أو دارا على أن يسكنها أو على أن يقرضه المشتري دوام أو على أن يهدي له هدية) أو ثوبا على أن يقطعه المشتري قبضا أو قباه فهو فاسد (لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين) وقد ورد في عين بعضهما نهى عن بيع (نهي صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف) أي قرض ثم خص شرطى الاستخدام والسكنى بوجه معنوى فقال (ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلها شئ من الثمن) بان يعتبر المسمى ثمنا بازاء المبيع و بازاء أجرة الخدمة والسكنى (يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلها ما يكون اعاره في بيع وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة) فبتناول

وافعال الفساد كسائر الشروط للمفسدة كافي البيع الى النبروز والمهر جان (قوله من حيث ذاته) لا يلائم على ما ذكرناه من أن قضية العقد الاطلاق والتخير في جميع التصرفات لا الازام حتما ولكن يلائمه بحكمه لان العتق ينهى الملك فان الملك في بني آدم ثابت الى العتق والشئ بانتهائه يتقرر ومقرر الشئ مصحح له ولهذا لو اشترى عبدا فاعتقه فلم يعيب به رجح بنقصانه بخلاف ما لو باعه فاذا استهلكه فقد تقرر الفساد لجود

البائع شهر الخ) البيع بهذه الشروط فاسد لانها شروط لا يقتضها العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولا يستدل بالحديث لان المراد به هذا المذكور وانما قال على أن يقرضه المشتري درهمين احترازا عما اذا قال بعثك هذه الدار على أن يقرضني فلان الاجنبى ألف درهم فقبله المشتري صح البيع لانهم لم يلزم الاجنبى لانها ليست في ذمته فيبطلها الكفيل ولا زيادة

كلامه الاعتبار من المذكور بن رواه أحمد عن أسود بن عامر عن شريك عن سمك عن عبد الرحمن بن
عبد الله بن مسعود عن أبيه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة أما بئوته ففقد رواه
الزبارة في مسنده عن أسود بن عامر وأعل بعض طرقه وروى عنه بالوقف رواه أبو نعيم وأبو عبيد القاسم بن
سلام وأما معناه ففسره المصنف بما سمعت وفسره أبو عبيد القاسم بن سلام بأن يقول الرجل للرجل أبيعك
هذا نقد ابتكدا ونسيئة بكذا ويفترقان عليه انتهى ورواية ابن حبان للحديث مرفوعة الصفة في الصفقتين
وبأن يؤيد تفسير المصنف مع أنه أقرب تبادرا من تفسير أبي عبيد وأكثرا فائدة فإن كون الثمن على تقدير
النقد لا ينافي على تقدير النسبة ألغى ليس في معنى الر باخلاف اشتراط نحو السكنى والخدمة وأعلم أنه روى
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيعتين في بيعه ويظهر من كلام بعض من يتكلم في الحديث
ظن أنه معنى الأول وليس كذلك بل هذا أحص منه فإنه في خصوص من الصفقات وهو البيع وفسره
الشافعي بأن يقول أبيعك دارى هذه بكذا على أن تبسعى غلامك بكذا فإذا وجب لي غلامك وجهت لك دارى
وهذا حديث صحيح رواه الترمذي والنسائي وقال الترمذي حسن صحيح ورواه مالك بلا غاوى فتناوى الولوالجى
لوقال بعثك هذه الدار بالف على أن يقرضنى فلان الاجنبى عشرة دواهم فقبل المشتري ذلك البيع لا يفسد
البيع لأنه لا يلزم الاجنبى لأنه لو لم يقرضه فاما بطريق الضمان عن المشتري أو بطريق الزيادة في الثمن لا وجه
الى الأول لأنه ليس في ذمة المشتري فكيف يجعلها الكفيل ولا الى الثاني لأنه لم يقل على انى ضمان واذا لم يلزم
الاجنبى لا يفسد البيع ولا خيار للبائع لأنه لو ثبت انما يثبت اذ لم يسلم له ما شرط في البيع على المشتري وقد
سلم له ذلك وفي الفتاوى الصغرى قال بيع عبد لمن فلان على أن الثمن على العبد فلان حكى عن أبي الحسن
الكرخى أنه يجوز وهو خلاف ظاهر الرواية واستبعده أبو بكر الجصاص * (ق ر ع) * باع أمة بشرط أن
يطلقها المشتري أو أن لا يبيعها ففسد البيع عند أبي حنيفة فيه ما لا مذكر من أن مقتضى العقد الاطلاق وهذا
تعيين أحد الجائز بن وعند أبي يوسف يفسد في الثاني لما قلنا ويصح الاول لان العقد يقضى وعند محمد يصح
فيهما ولو كان في الشرط ضرر كأن شرط أن يقرض أجنبى لا يفسد العقد وذكر القدرى أنه يفسد
ولو لم تكن فيه منفعة ولا ضرر كأن اشتري طعاما بشرط أن يأكله أو ثوبا بشرط أن يلبسه جاز وذكر
الامام قاضى خان العقود التى يتعلق بمباها بالقبول أقسام ثلاثة قسم يبطل بالشرط الفاسد وجهالة البدل
وهى مبادلة المال بالمال كالبيع والاجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال وقسم لا يبطل بالشرط الفاسد
ولاجهالة البدل وهو معاوضة المال بمال كالتكاح والخلع والصلح عن دم جدد وقسم له شبه بالبيع
والنكاح وهو الكتابة بطلها جهالة البدل ولا يطلها الشرط الفاسد وفى الخلاصة التى تبطل بالشرط
الفاسد ولا يصح تعليقها بالشرط ثلاثة عشر البيع والقسمة والاجارة والرجعة والصلح عن مال
والابراء عن الدين وعزل الوكيل فى رواية شرح الطحاوى وتعليق ايجاب الاحتكاف بالشرط والمزاولة
والمعاملة والاقرار والوقف فى رواية وما لا يبطل بالشرط الفاسد ستة وعشرون الطلاق والخلع ولو بغير مال
واعتق بمال وبالمال والرهن والقرض والهبة والصدقة والوصاية والشركة والمضاربة والقضاء والامارة
والتحكيم بين اثنين عند محمد خلافا لابي يوسف والكفالة والحوالة والوكالة والاقالة والنسب والكتابة واذن
العبد ودعوة الولد والصلح عن دم العمد والجراحة التى فيها القصاص حالا ومؤجلا وجناية الغصب والوديعة
والعارية اذا ضمنها رجل وشرط فيها احوالة أو كفالة وعقد الزمة وتعليق الرد بالعيب وتعليق الرد بغير الشرط
وعزل القاضي والنكاح لا يصح تعليقه ولا اضافته لكن لا يبطل بالشرط ولا يطل الشرط وكذا الخجر على
المأذون لا يبطل الخجر ويبطل الشرط وكذا الهبة والصدقة والكفالة بالشرط المتعارف تصح هى والشرط
وبغير المتعارف يبطل وتصح الكفالة انتهى فالخاضل أن كل ما كان من قبيل التملك أو التقييدات لا يصح
تعليقه فى الاول الاقرار والابراء ومن الثاني عزل الوكيل والخجر على العبد والرجعة والتحكيم عند أبي يوسف

في الثمن لأنه لم يقل على أنى
ضامن بخلاف اشتراط
الاقرار على المشتري لأن
النبي صلى الله عليه وسلم
نهى عن بيع وسلف وأيضا
اشتراط الخدمة والسكنى
يستلزم صفقتين في صفقة
كما ذكره فى المن

قال (ومن باع عيناً على أن لا يسلمها إلى (٨٢) رأس الشهر الخ) الاجل في المبيع العين باطل لافضائه الى تحصيل الحاصل فانه شرع

توفيها في تحصيله بانساع المدة فاذا كان المبيع أو الثمن حاصلًا كان الاجل لتحصيل الحاصل وانما قيد بالعين احترازًا عن السلم فان تركه اجل فيه مفسد للمعاوضة الى التحصيل قال (ومن اشترى جارية الاجل الخ) ذكر في هذا الموضع العقد المستثنى منه وهو ثلاثة أقسام الاول مفسد فيه العقد والاستثناء والثاني ما صح فيه العقد وبطل الاستثناء والثالث ما صح فيه كلاهما أما الاول فكالمبيع والجاراة والكتابة والرهن فاذا باع جارية الا

جاءها أو آخره على جارية الاجل أو رهن جارية الا جملها أو كاتب عبده على جارية الاجل فاسد العقد لانها عقود تبطل بالشرط الفاسدة لان غير المبيع في معناه من حيث انها معاوضة والمبيع يبطل بالشرط الفاسدة لما تقدم فكذا ما في معناه والاستثناء يصير شرطًا فاسد فيها فيفسدها وذلك ما ذكره من الاصل فيه أن ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثنائه من العقد والجل من هذا القبيل وقد تقدم في أول المبيع وهذا لان الاجل بمنزلة أطراف الحيوان لا اتصال به

لانه بمنزلة أطراف الحيوان لا اتصال به بخلقته ويباع الاصل يتناولهما فلا استثناء يكون على خلاف الموجب فلا يصح فيصير شرطًا فاسدًا او المبيع يبطل به والكتابة والجاراة والرهن بمنزلة الاجل فانه باطل بالشرط الفاسدة لانها معاوضة فيجعل بها لانها بالشرط الفاسدة اثر المشابهة وتعلل المشابهة بأنها معاوضات الا أن المفسد الحال قبل ذلك موقوفان أن يبقى فاسدا كما كان أو ينقلب الى الجواز بالاعتاق (قوله لان الاجل في المبيع العين) قيد بالعين احترازًا عن المسلم فيه لان الاجل شرع توفيها لئلا يكتن المشتري من التحصيل في مدة الاجل أما العين فمفصلة فلا حاجة الى ذكر الاجل للترفيه فاذا شرط فيه يكون شرطًا فاسدًا والمبيع يفسد بالشرط الفاسد (قوله والاصل أن ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثنائه من العقد) لان عدم جواز الافراد بالعقد يدل على أنه بمنزلة طرف من أطراف الحيوان واستثناء الأطراف لا يصح لان الاستثناء تصرف فيما يدخل تحت اللفظ قصد الاتباع والأطراف بمنزلة الاوصاف يكون دخولها تبعًا فاذا لم يصح الاستثناء بقي شرطًا فاسدًا لانه خلاف موجب العقد (قوله فلا استثناء يكون على خلاف الموجب) أي موجب العقد لان العقد يتناولها وعلى خلاف موجب الاستثناء لان الاستثناء يصح فيما يدخل مقصود في صدور الكلام وهذا دخل الجل تبعًا لمقصودا الكتابة والهبة والجاراة والرهن بمنزلة المبيع بان يقول كاتبك الاجل أو وهبتك

الموجب لدلالته على أن المستثنى مقصود ودلالة العقد على أن الاجل تابع غير

قال المصنف (لان الاجل في المبيع العين باطل) أقول قيد المبيع به احترازًا عن السلم فيه فانه مبيع دين ويصح الاجل فيه بالنص

فيصير ذكره شرطاً فاسداً (قوله غير أن المفسد في الكتابة) استثناء من قوله لأنها تبطل بالشروط الفاسدة ومعناه أن الشرط الفاسد في الكتابة إنما يكون مفسداً إذا كان متمم كفاً في صلب العقد منها كالكتابة على الخمر والخنزير أو على قيمته حيث دخل في البدل وأما إذا لم يكن في صلبه كما إذا شرط على المكاتب أن لا يخرج من الكوفة فله أن لا يخرج والعقد صحيح لأن الكتابة تشبه البيع انتهائه مال في حق المولى ولا تصح الإيباء بل معلوم وتحتل الفسخ ابتداء وتشبه النكاح من حيث أنه ليس بمال في حق نفسه ولا تحتل الفسخ بعد تمام المقصود فلحقناه بالبيع في شرطه يمكن في صلب العقد وبالنكاح فيما لم يكن فيه وأما الثاني فكالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العقد فانها لا تبطل بالشرط الفاسد لأن الفساد باعترافنا إضائه إلى الرأب وذلك لا يتحقق إلا في المعاوضات وهذه تبرعات وأسقاطات والهبة وإن كانت من قبيل التمليكات لكنها عرفنا بالنص أن الشرط الفاسد لا يفسد هافانه صلى (٨٣) الله عليه وسلم أجاز العمري وأبطل شرطه للمعمر حتى يصير لورثة

الموهوب له لورثة المعمر إذا شرط عودته في صلب العقد ويبطل الاستثناء وأما الثالث فكالوصية إذا وصى

بجارية لورثة جـ ولـ واستثنى حاملها فإنه يصح بالجارية وصية والجـ لـ ميراثاً أما عدم بطلان الوصية فلا نـها ليست من المعاوضات حتى تبطل بالشرط الفاسد وأما صحة الاستثناء فلماذا كرر أن الوصية أخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن لأنه عين بخلاف ما إذا استثنى خدمتها لأن الميراث لا يجري فيها لأنها ليست بعين وذ كـ ضمير الخدمة على تأويل المذكور وأعترض على قوله الأصل فيه أن لا يصح إفرادها بالعقد لا يصح استثناء من العقد بأنه يلزم من ذلك أن ما يصح إفرادها بالعقد يصح استثنائه والخدمة في الوصية ما يصح إفرادها بالعقد

غير أن المفسد في الكتابة ما يمكن في صلب العقد منها والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العقد لا تبطل باستثناء الجـ بل يبطل الاستثناء لأن هذه العقود لا تبطل بالشرط الفاسد وكذا الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الجـ ميراثاً والجارية وصية لأن الوصية أخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما إذا استثنى خدمتها لأن الميراث لا يجري فيها

في الكتابة شرط فاسد يمكن في صلب العقد وهو ما يقوم به العقد مثل أن يكتب المسلم عبده على خـ أو خنزير أو على قيمته فالكتابة فاسدة لـ يمكن الشرط المفسد في صلب العقد بخلاف البيع فإنه يقسمه بـ بالشرط السكائن في صلب العقد وغيره وإنما انتص فساد الكتابة بالشرط بذلك لشبهه الاعتاق والنكاح من حيث أن أحد البديلين ليس بمال في حق نفسه وكونه معاوضة إنما هو بالنسبة إلى السيد في الانتهاء وكان له شـهـان شبهه بالبيع وشبهه بمال ليس بمعاوضة فيفسد بالمفسد القوي وهو ما يتحقق في صلب العقد باعتبار شبهه بالبيع ولم يفسد بمال ليس كذلك لشبهه بالعتق والنكاح وهو مالا يفسد من مطلقاً بالشرط السكائن في صلب العقد ولا في غيره (و) أما (الهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العقد) فلا يبطل بالشرط الفاسد ويبطل الشرط (ولا تبطل باستثناء الجـ) فلو قال وهبتك أو تصدقت عليك بهذه الجارية الاجلها أو تزوجت على هذه الجارية أو أخرجتني عليها الاجلها أو أخرجتني عليها الاجلها أصبحت هذه التصرفات وبطل الاستثناء ويدخل الجـ والهبة وإن كانت من قبيل التمليكات لكن عرف بالنص أنها لا تبطل بالشرط الفاسد لأنه صلى الله عليه وسلم أجاز العمري بشرط عود المعمر فتصير العمري لورثة الموهوب له لـ الوصية لا تبطل باستثناء الجـ بل تصح بالاستثناء (حتى يكون الجـ ميراثاً والجارية وصية لأن الوصية أخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما إذا استثنى خدمتها) بان أو وصى بجارية لا يخدمها أو اغتاتها حيث لا يصح الاستثناء (لأن الميراث لا يجري فيما في الخدمة) والغلبة بانفرادها حتى لو وصى

الاجل أو وهبتك الاجل (قوله غير أن المفسد في الكتابة ما يمكن في صلب العقد) أي ما يقوم به العقد كما إذا كاتب المسلم عبده على خـ أو خنزير أو قيمته وأما لو شرط على المكاتب أن لا يخرج من الكوفة فله أن لا يخرج لأن هذا الشرط يخالف مقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد فبطل الشرط وصح العقد لأن الكتابة تشبه البيع من حيث أن العبد مال في حق المولى وتشبه النكاح من حيث أنه ليس بمال في حق نفسه فعملنا بالشبهين في الخالين وفي شرح الطحاوي الاستثناء لما في البطن على ثلاث مراتب في وجه العقد فاسد والاستثناء فاسد وهو البيع والاجارة والكتابة والرهن وفي وجه العقد جائز والاستثناء فاسد وهو الهبة

بان قال أو وصيت بخدمة هذه الجارية لـ فلان فوجب أن يصح استثنائه وأجيب بأن هذا العكس غير لازم ولئن سلم فلا نسلم أن الوصية عقد ألا ترى أنه يصح قبول الموصى له بعدم الموت الموصى ويدخل الموصى به في ملك وورثة الموصى له بدون القبول بان مات الموصى له قبل القبول فلا يتناولها لفظ العقد مطاقاً والمقابل أن يقول اعتبرتم الوصية عقداً وعكستم الأصل المذكور في الوصية بالجارية واستثناء الجـ حيث جعلتم الاستثناء في الجـ صحة إفرادها بالعقد ولم تعتبروا ذلك في الوصية بالجارية واستثناء الجـ مع صحة إفرادها بالعقد فـ الفرق بينهما والجواب أنهما معاً العكس وجوباً وانما منعنا زومه والفرق بينهما أن يصح الاستثناء بقضيه بقاء المستثنى لو ارث الموصى فاصح أن يكون مورثاً كالجـ معناه وما لم يصلح كالخدمة منعناه

(قوله والميراث يجري) أقول أن أراد به يجري فيه تبعالاً له فلا يفيد وإن أراد جريانه بطريق الاستقلال فظاهر أنه ليس كذلك فليست في دفعه

قال (ومن اشترى ثوبا على أن يقطعه البائع ويخطه قيصا أو قباء فالبيع

بخدمته الجارية أو غلبتها الغلان فبات فلان بعد صحة الوصية لا تروثه خدمتها ولا غلبتها بل يعود الى وراثته الموصى بخلاف مال أو وصي يحمل جاريته لا يخرج حيث يصح ويكون له وأورد على الأصل أن الخدمة يصح افرادها بالوصية فيجب أن يصح استثناءها واجب يمنع لزوم ذلك بدليل قولهم كل ما جاز أن يكون ثمننا في البيع جاز أن يكون أجره في الاجارة ولم يلزم كل ما لا يصح ثمننا لا يصح أجره وأن الوصية ليست عقدا حتى يصح قبول الموصى له بعدم موت الموصى والعقد بعد الموت لا يصح فلا يرد نقضا * (فروع) * باع صبرة بمائة الا عشرها فله تسعة أعشارها بجميع الثمن ولو قال على أن عشرها لي فله تسعة أعشارها بتسعة أعشار الثمن خلا للماروي عن محمد أنه بجميع الثمن فيهما وعن أبي يوسف ولو قال أبيعك هذه المائة شاة بمائة على أن هذه لي أو ولي هذه فسد ولو قال الا هذه كان ما بقي بمائة ولو قال ولي نصفها كان النصف بخمسين ولو قال يبتك هذا العبد بالف لاصغه بخمسمائة عن محمد جاز في كله بالف وخمسمائة لأن المعنى باع نصفه بالف لأنه الباقي بعد الاستثناء فالنصف المستثنى عين يبيعه بخمسمائة ولو قال على أن لي نصفه بثلاثمائة أو مائة دينار فسد لادخال صفقة في صفقة ولو قال يبتك الدار الخارجة على أن تجعل لي طرية بقا الى داري هذه الدار فسد البيع ولو قال الا طرية بقا الى داري الدار فسد لادخال طرية بقا عرض باب الدار الخارجة ولو باع بيتا على أن لا طرية للمشتري في الدار وعلى أن بابي في الدهليز يجوز ولو زعم أن له طرية فظاهر أن لاله يرد ولو باع بالف دينار الادرهما أو الا ثوبا أو الا كرا حنطة أو هذه الشاة الواحدة لا يجوز ولو كان يبيعها جاز ولو باع دارا على أن لا بناء فيها فاذا فيها بناء البيع فاسد لانه يحتاج الى نقض البناء ولو باعها على أن بناءها من آخر فاذا هولبن فهو فاسد بناء على أنهم ما جنسان كلوا باعه ثوبا على أنه هروي فظاهر بلحساولو باع الارض على أن فيها بناء فاذا لا بناء فيها وكذا اذا اشتراها بشجرها وليس فيها شجر جاز وله الخيار وكذا لو باع بعلاها وسفلها فظاهر أن لا علو لها ومثله لو اشترى باجداها (قوله ومن اشترى ثوبا على أن يقطعه البائع ويخطه قيصا أو قباء فالبيع

قال (ومن اشترى ثوبا على أن يقطعه البائع الخ) قد تقدم وجه ذلك فلا يعده قال ههنا صفقة في صفقة وفيما تقدم صفقتين في صفقة وكانهما سواء يشتر إليه قوله على ما مروى قبل قال ههنا صفقتين لأن فيه احتمال الاجارة والعارية وههنا صفقة اذ ليس فيه

والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لان هذه العقود لا يطلها الشرط القاسدة فتصح ويبطل الاستثناء لان الفساد بالشرط باعتبار افضائه الى الرافق تحقيق في المعاوضات دون التبرعات والاستقاطات وتدخل في العقد الام والولد جميعا وفي وجه الاستثناء جاز والعقد جاز وهو ما اذا أوصى بجارية لانسان واستثنى ما في بطنها فانه يصح لان الوصية أخت الميراث ويجري الارث فيما في البطن بخلاف مال أو وصى بجارية لانسان واستثنى خدمتها أو غلبتها حيث يبطل الاستثناء لان الخدمة والغلة لا يجري فيها الارث ألا ترى أن الموصى له بالخدمة أو الغلة لو مات بعد صحة الوصية تعود الى ملك الموصى ولا يصير موروثا عن الموصى له وكذا لو أوصى بربتها لانسان وخدمتها لاخر ومات الموصى له بالخدمة عادت الخدمة الى مالك الرقبة دون وراثته الموصى له بالخدمة بخلاف الوصية بما في البطن حيث يصير ميراثا عن الموصى له فان قيل لما كان الأصل مالا يصح افرادها بالعقد لا يصح استثناءه لزم من هذا أن ما يصح افرادها بالعقد يصح استثناءه والخدمة في الوصية مما يصح افرادها بالعقد بان قال أو صيت بخدمته هذه الجارية لفلان فانه يصح فوجوب أن يصح استثناءه قلنا يمنع أولا ذلك العكس ألا ترى أنه ذكر في الاجارات وما جاز أن يكون ثمننا في البيع جاز أن يكون أجره لم يلزم من هذا أن كل ما لا يصح ثمننا لا يصح أجره بل يصح أجره وان لم يصلح ثمننا كالأعيان التي لا تجب في الذمة فانها لا تصلح أثمانا وتصلح أجره ثم لو سلمنا ذلك فالجواب عن عدم صحة الاستثناء وجوه أحدها أن الاستثناء تصرف في اللفظ فيصح الاستثناء فيما دخل في المستثنى منه ولفظ الجارية لا يتناول الخدمة فلم يصح استثناءه والثاني أن الوصية ليست بعقد ألا ترى أنه يصح قبول الموصى له بعدم موت الموصى فلا يتناولها ما ذكر من لفظ العقد مطلقا ولذلك يدخل الموصى به في ملك وراثته الموصى له بدون القبول بان مات الموصى له قبل القبول فلا يكون عقدا والثالث أن ما لو قلنا بصحة استثناء الخدمة يلزم أن ترد الخدمة الى وراثته الموصى والا لجرى في الخدمة

فاسد) لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقة في صفقة على ماسر (ومن اشترى نعلا على أن يحذوها البائع قال أو يشرها فالبيع فاسد) قال رضي الله عنه ما ذكره جواب القياس ووجهه ما بيننا وفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار كصبيغ الثوب وللتعامل جواز الاستصناع قال

فاسد) باجتماع الأئمة الأربعة (لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقة في صفقة على ماسر) من امتناع الصفقة في صفقة إلا أن هناك على تقدير واحد وهو كون الخطا به قبلها شيء من الثمن فهو شرط اجازة في بيع وما تقدم كان كذلك على ذلك التقدير وعلى تقدير عدم المقابلة يكون اعادة في بيع (قوله ومن اشترى نعلا على أن يحذوها البائع) المراد اشترى أو يشرها على أن يجعله البائع نعلا له فأطلق عليه اسم النعل باعتبار أوله ويمكن أن يراد حقيقة أي نعل رجل واحدة على أن يحذوها أي أن يجعل معها مثلا آخر ليم نعل للرجلين ومنه حذف النعل بالنعل أي قدرته بمثل قطعته بدل عليه قوله أو يشرها ففعله مقابلا لقوله نعلا ولا معنى لأن يشرها على أن يجعل له شرا كافلا يد أن يراد حقيقة النعل (فالبيع فاسد قال) المصنف رحمه الله (ما ذكره) يعني القهطري (جواب القياس ووجهه ما بيناه) من أنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين (وفي الاستحسان يجوز) البيع ويلزم الشرط (للتعامل) كذلك ومثله في ديارنا شراء القبة قبالة على هذا الوجه أي على أن يسهر له سيرا (وصار كصبيغ الثوب) مقتضى القياس منه لانه اجازة عقدت على استهلاك عين مع المنفعة وهو عين الصبيغ ولكن يجوز للتعامل ومثله اجازة الغنم مع لزوم استهلاك اللبن حاز للتعامل لكن في الفوائد المستحق بالاجازة فعل الصبيغ والحضنة في استئجار الصبيغ والظفر والابن آفة فعلهما (وللتعامل جواز الاستصناع) مع انه يبيع المعدوم ومن أنواعه شراء الصوف المنسوج على أن يجعله البائع قلنسوة بشرط أن يبطن لها البائع بطانة من عنده وهذا نوع آخر من الشرط وهو البيع بشرط أن به كذا وما تقدم كان المشروط معدوما فيشرط أن يفعل من هذا ذكره هشام عن محمد اشترى شاة على أن يحامل يفسد البيع وعن الشافعي قولان واضحهما يصح وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة وقال بعض أصحابه القولان في غير الآدمي أما في الجوارى يصح قولان واحد وهو قولنا ذكره هشام عن محمد اشترى جارية على أن يحامل يجوز البيع الآن يظهر أن المشتري يريد لها للفرقة فيفسد ولا يخفى ما فيه بعد فرض أن المشتري علم ذلك بل شرطه وكونه اشترى خلاف ما يحصل غرضه لا يوجب فسادا بعد الرضا به وعن الهندواني شرط الحبل من البائع لا يفسد لان البائع يذ كره على بيان العيب عادة ولو وجد من المشتري يفسد لانه ذكره على وجه اشتراط الزيادة ولو اشترى سمسما أو زيتونا أو حنطة على أن فيها كذا ذهنا أو يخرج كذا دقيقا فالبيع فاسد وبه قال الشافعي ولو شرط في الشاة أن يحامل أو ابون لم يذ كره محمد واختلف فيه فالكفرخي يفسد والطحاوي لا يفسد وهو قول الشافعي لانه مرغوب فيه والوجه ان لا يجوز لوقوع المنازعة في أن معنى الحلوب ما يكون ابنها هذا المقدار أو أكثر من هذا إلى غاية كذا ولو كان منفعة الشرط لغير العاقدين كالبيع على أن يعرض فلانا كذا ففيه اختلاف المشايخ وقال محمد كل شيء يشترط على البائع يفسد به البيع إذا شرط على اجنبي فهو باطل وكل شيء يشترط عليه لا يفسد به إذا شرط على اجنبي فهو جائز ويخير المشتري كالبيع بما تملك على أن يحط قلان الاجنبي عشرة جاز البيع ويخير المشتري ان شاء أخذ به بما تملك وان شاء تركه وعن أبي يوسف لو اشترى على أن يهب البائع للمشتري أو لفلان الاجنبي ديناراً من الثمن فالبيع فاسد وفي المنتقى خلافه فيما إذا كانت الهبة من المشتري قال لو اشترى على أن يهب له

لان الارث يجري في الاعيان دون المنافع فلذلك قلنا بان الاستثناء لا يصح (قوله على ماسر) وهو قوله ولانه لو كانت الخدمة والسكنى يعلها شيء من الثمن إلى آخره (قوله ومن اشترى نعلا على أن يحذوها) أراد بالنعل الصرم وهذا من تسمية الشيء باسم ما يؤول اليه هذا النعل بالمثل قطعها به وحذا نعلها وشرك النعل من التشريل وضع عليها الشراك وهو سيرها الذي على ظهر القدم وهو مثل في القلة كذا في المغرب (قوله ووجهه ما بيناه) وهو قوله لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين إلى آخره وجه الاستحسان

احتمال العلوية قال (ومن اشترى نعلا) جذ النعل بالمثل قطعها به فهي تسمية الشيء باسم ما يؤول اليه اذ الصرم هو الذي يقطع بالمثل وشرك النعل وضع عليها الشراك وهو سيرها الذي على ظهر القدم فمن اشترى صرما واشترط أن يحذوه أو نعلا على أن يشرها البائع فالبيع فاسد في القياس ووجهه ما بيناه أنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وفي الاستحسان يجوز للتعامل والتعامل قاض على القياس لكونه اجاعا فطبا كصبيغ الثوب فان القياس لا يجوز اشتجار الصبيغ لصبيغ الثوب لان الاجازة عقدت على المنافع لا الاعيان وفيه عقد على العين وهو الصبيغ لا الصبيغ وحده لكن يجوز للتعامل بجواز قال المصنف (ومن اشترى نعلا على أن يحذوها البائع أو يشرها فالبيع فاسد) أقول أراد بالتعل الصرم تسمية للشيء باسم ما يؤول اليه كذا في شرح انكاك وخبر يشرها للنعل بمناه الحقيقي على طريقة الاستحسان

(والبيع الى النبر و زوال المهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الاجل) وهى مقضية الى المنازعة فى البيع لا بتسليمها الى المالك كسنة الا اذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما او كان التأجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا فى صومهم لان مدة صومهم معلومة بالايام فلا جهالة فيه قال (ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج وكذلك الى الحصاد والذبياس والعطاف والجزاز لانها تفسد وتؤخر ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة البسيطة

دينا من الثمن جاز وهو حسن لأن حاصل هذا حطية مشترطة وما لها إلى الشراء بالثمن الانقاص ولو باع
 رقيقة الطريق على أنه له حق المرو وأوالسفل على أن له قرار العلو جاز ولو باع عبدين على أنه شريك
 المشتري في نصف هذا فسد ولو قال نصفه ما جاز كالو باع هذا الثوب قال أنا شريكك في نصفه ومقتضى النظر
 أن يجوز الأول أيضا لأنه في الحاصل يبيع أحدهما بعبئته ونصف الآخر شائعة عاقبة ولا مانع من ذلك ولو باع
 هذا بالف الانصاف بسفائة فقد باع نصفه باربعائة (قوله والبيع إلى الثبر وز) وهو يوم في طرف البر يبيع
 وأصله نور وزهر ب وقد تسلم به عرض الله عنه فقال كل يوم لنا نور وز حين كان الكفار يبتغون به
 والمهر جان يوم في طرف انخر يف معرب مهر كان وقيل هـ ما عديدان للعبوس (وصوم النصرى وفطر
 اليهود اذ لم يعرف المتبائع ذلك فاسد لجهالة الاجل) وعرف به هذا التعليل أن المراد بالتأجيل هنا هو الثمن
 لا المبيع لان مجرد تأجيل المبيع مفسد ولو كان إلى أجل معلوم فلا يناسب تعليل فساد تأجيل المبيع بجهالة
 الاجل وبقوله (اذ لم يعرف إلى آخره) أن الفساد بالتأجيل إلى هذه بناء على عدم معرفة خصوص اوقاتها
 عند المسلمين فلو كانا يعلمان ذلك صح قبل وتخصيصه اليهود بالفطر ظاهر في أن ابتداء صومهم غير معلوم
 والحاصل أن المفسد لجهالة فاذا انتفت بالعلم بخصيص هذه الاوقات جاز ولذا قال (أو كان التأجيل إلى فطر
 النصرى بعد ما شرعوا في صومهم لان مدّة صومهم بالايام وهي معلومة) وهي خمسة وخمسون يوما واعلم ان
 كون التأجيل في الثمن يصح اذا كان الاجل معلوما هو في الثمن الدين أو المال كان ثمنه ينافي فساد البيع بالاجل
 فيه للمعنى الذي ذكرناه مفسد لتأجيل المبيع عند قوله ومن باع عبدا على أن لا يسلمه إلى رأس الشهر
 وقوله (لا بتناهم على المماكسة) المماكسة استنقص الثمن والمكس والمكاس في معناه وهو موجود
 في البيع عادة وهو يوجب المنازعة فكانت المنازعة ثابتة في البيع لوجود موجبه في الجملة وعند جهالة
 وقت القبض يحتمل أخرى على وجه يضر بالدين والنفس فلا يشترع العقد مع ذلك وحقيقة هذا يصلح
 تعليل لقولنا لا يحتمل البيع هذه الجهالة اليسيرة بخلاف السكعالة (ولا يجوز البيع إلى قدوم الحاج والحصاد)
 بفتح الحاء وكسرها (و) مثله (القطاف) وهو للعنب (والدياس) وهو دوس الحب بالقدم لينقشر
 وأصله الدواس بلواولانه من الدوس قلبت ياء للكسرة قبلها (والجزاز) أي جزاز صوف الغنم لانها تقدم
 وتناخر) وذكرهمس الائتم أن المراد به جزاز النخل (ولو كفل إلى هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة

أن فيه عرفا ظاهرا وفي النزوع عن العادة خرج بين فصار كصبيغ الثوب لان القياس أن لا يجوز لان الاجارة
بيع المنافع والصبيغ عين وجوزها للتعامل وكالاتصناع فان بيع المعلوم لا يجوز وانما جوز زناه للتعامل
(قوله والبيع الى النبروز) أي بتأجيل الثمن الى النبروز والمهر جان تعريب مهر كان وهو اسم للخريف
(قوله لجهالة الأجل) لان النبروز مختلف بين نبروز السلطان ونبروز الدهاقين ونبروز الجوس (قوله
لابتنائها على المما كسة) أي لا ابتناء البيوع المكس في البيع استعقاص الثمن من باب ضرب والمما كسة
والمكس في معناها والمكس أيضا الخيانة وهو فعل المكس العشار ومنه لا يدخل صاحب المكس في الجنة
(قوله لان مدته صومهم بالايام معلومة) وهي خمسون يوما كذا ذكره الترمذي في رحمه الله (قوله الى قدوم
الحاج) أي الى وقت قدوم الحاج (قوله لانهاتقدم وتتأخر لانهم أفعال العباد) فيثبت بحسب ما يبدو
لهم والاحال شرعت بالاوقات قال الله تعالى يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس (قوله وهذه

متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلف الصواب رضى الله تعالى عنهم فيها ولانه معلوم الاصل
الا يرى انها تتحمل الجهالة في أصل الدين بان تسقط بما ذاب على فلان ففي الوصف أولى بخلاف البيع فانه لا
يحملها في أصل الثمن فكذا في وصفه بخلاف ما ذاب باع. طالعنا ثم أجل الثمن الى هذه الاوقات حيث جازلان

متحملة في الكفالة وهذه الجهالة اليسيرة مستدركة) أى قريب تداركها وازال جهالتها وتحمل الدليل
هكذا هذه جهالة يسيرة وكل جهالة يسيرة متحملة في الكفالة لانها عقد تبرع مبنى على المسامحة فهذه متحملة
فيها وعلى هذا السؤال المورد من قبل شمس الانتم وهو كون الجهالة اليسيرة متحملة في موضع لا يدل على أن
يكون التأجيل الى هذه الاوقات المجهولة متحملاً لا ترى أن الصادق يتحمل الجهالة حيث يتحمل جهالة وصفه
ثم لا يصح فيه اشتراط هذه الآجال سؤال أجنى عن هذا المصل ثم أجاب بان الاصح صحة هذه الآجال في
الصادق خلافاً لقول البعض انها لا يصح تأجيل الصادق اليها وانما يرد هذا اذا قيل الجهالة اليسيرة متحملة
في الصادق كجهالة الوصف فهو رد عليه النقض بعدم تحمله جهالة هذه الآجال ويحجب بما ذكره وقوله
(لاختلاف الصعابة) أخرجه مخرج الاستدلال على أنها جهالة يسيرة فان من الصعابة من أجازها كعائشة
رضي الله عنها أجازت البيع الى العطاء وابن عباس منعوه به أخذنا ولو كانت جهالة قوية لم يختلفوا في
عدم الصحة معها وقد قالوا ان العطاء كان لا يتقدم ولا يتأخر فجاز كونه أجلاً اذ ذلك لصدق الخلفاء الراشدين
في معادهم في صرفه وأما الآن فيتنازعون واعددهم كثير فلا يصح التأجيل اليه الآن فان صح هذا
فكيف يتصور من ابن عباس خلافه والظاهر أنه كان يتقدم ويتأخر قليلاً نحو يوم أو يومين فاهدرته
عائشة واعتبره ابن عباس ثم قيل اليسيرة ما يكون الموجب للصعابة التردد في التقدم والتأخر والفاشحة
هى ما يكون التردد في نفس الوجود كهبوب الريح وقوله (ولانه معلوم الاصل) أى ولان الدين معلوم
فاعاد الصبر عليه لانه للكفالة اذ يستلزم ينابيع الاصل وهو الدين معلوم والجهالة في وصفه وهو كونه مؤجلاً
الى كذا الذى قد يتقدم ويتأخر وقوله (ألا يرى الى آخره) ابتداء لتعليل لقوله لانه معلوم الاصل وحاصله
أنه أثبت كون الجهالة يسيرة باختلاف الصعابة في مثله او بان الدين المكفول به معلوم الاصل فلم يتبق جهالة
الا في الوصف وجهالة الوصف يسيرة ثم ارتفع الى أولوية صحة هذه الآجال في الكفالة بان بعض الكفالة
تتحمل جهالة الاصل كالكفالة بما ذاب على فلان والنزوب غير معلوم الوجود فلان يتحمل جهالة الوصف
فيه أولى (بخلاف البيع فانه لا يتحملها في أصل الثمن فكذا في وصفه) فاجبه عليه أن يقال لا يلزم من عدم
تحمل أصل الثمن الجهالة عدم تحمل وصفه وهو أخف لان الاصل أقوى أجيب بان الاشتراك في العلة نوجبها
في الحكم وعلة عدم تحملها في أصل الاضياء الى المذازمة وهو موجود في جهالة الوصف ثم أفاد أن ما ذكره
من عدم تحمل البيع جهالة هذه الآجال هو اذا ذكرت في أصل العقد ما ذاب قبل أجل وهو قوله (بخلاف
ما ذاب باع مطلقاً) أى عن ذكر الاجل حتى انعقد صححها (ثم أجل الثمن الى هذه الاوقات) فانه يجوز التأجيل

الجهالة يسيرة مستدركة) أى يمكن تداركها وازالتها لاختلف الصعابة فيها فان عائشة رضي الله عنها كانت
تجيز البيع الى العطاء وكان ابن عباس رضى الله عنه لا يجيز ذلك واختلاف الصعابة رضى الله عنهم دليل على
أن الجهالة يسيرة اذ لا خلاف لاحد في فساد البيع عند تغايش الجهالة كالبيع الى هبوب الريح ويجى المطر
(قوله ولانه معلوم الاصل) يتحمل وجهين أحدهما أن المكفول به وهو أصل الدين معلوم وانما الجهول وصفه
وهو الاجل والوصف تابع الاصل ثم الجهالة اذا كانت في أصل الدين متحملة في الكفالة بان تسقط بما ذاب
له على فلان ففي الوصف أولى والجهالة لا تتحمل في ثمن البيع فكذا في وصفه اذ الوصف لا يخالف الاصل
والثاني وهو الاوجه أن أصل هذه الاشياء معلوم الوقوع في تلك السنة وانما الجهول وصف التقدم والتأخر
فكانت الجهالة يسيرة حتى لو كفل الى هبوب الريح أو جى المطر لا يصح لان أصله غير معلوم في تلك السنة
(قوله فكذا في وصفه) لان الوصف لا يخالف الاصل فان قيل الوصف أدنى من الاصل فلا يلزم أن يكون مثل

والكفالة الى هذه الاوقات
جائز لان الجهالة اليسيرة
متحملة في الكفالة لا ترى
انها تتحمل الجهالة في أصل
الدين بان تسقط بما ذاب على
فلان ففي وصفه أولى
لكن الاصل أقوى من
الوصف (وهذه الجهالة
يسيرة لاختلف الصعابة
رضى الله عنهم فيها) فعائشة
رضي الله عنها كانت تجيز
البيع الى العطاء وان
احتمل التقدم والتأخر
لكونها يسيرة وابن عباس
رضي الله عنها منعوه ونحن
أخذنا بقوله وهذا قد يشترى
أن الجهالة اليسيرة ما كانت
في التقدم والتأخر والفاشحة
ما كانت في الوجود كهبوب
الريح مثلاً والبيع لم يكن
يحمل للجهالة في أصل
الثمن لم يكن يمتثلها في
وصفه ورد بان لا يلزم من
عدم تحمل أصل الثمن
عدم تحمل وصفه لان
الاصل أقوى اذ هو يوجد
بدون الوصف الخاص دون
عكسه وأجيب بان المانع
من تحمل أصل الثمن الجهالة
هو افضاؤها الى النزاع وهو
موجود في جهالة الوصف
فمنعه واذ باع مطلقاً أجل
الثمن الى هذه الاوقات صح
لكنه لا يجزى للدين

(وهذه الجهالة محتملة فيه بمنزلة الكفالة) لعدم إتيانها على المما كسوة ولا كذلك اشتراطه في أصل العقد لأنه يفسد بالشرط الفاسد (ولو باع الى هذه الأجل) أعني النيز والمهر جان الى آخر ما ذكرنا من القطاف والجزا ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل تحقق هذه الاوقات انقلب البيع جائزا فلا يفسد فاسدا فلا ينقلب جائزا كاسقاط الاجل في النكاح يعني على أصلكم وأما على قول زفر فالنكاح الى أجل جائز والشرط باطل كما (٨٨) تقدم في النكاح وهو استدلال من جانب زفر بما لم يقل به وليس على ما ينبغي وقد قررناه

هذا ناجيل في الدين وهذه الجهالة فيه محتملة بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه في أصل العقد لأنه يبطل بالشرط الفاسد (ولو باع الى هذه الأجل) ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل أن يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جازا للبيع أيضا وقال زفر رحمه الله لا يجوز ولا يقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وصار كاسقاط الاجل في النكاح الى أجل) ولأن الفاسد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرر وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما إذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد لان الفساد في صلب العقد وبخلاف النكاح الى أجل لأنه متعة وهو عقد غير عقد النكاح

بعد الصحة كالسكفالة تحمل الجهالة النسبية لأنه حينئذ ناجيل دين من الدين بخلافه في صلب العقد فإنه يبطل بالشرط الفاسد وقبل هذه الأجل ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل أن يأخذ الناس في الدياس والحصاد وقبل قدوم الحاج جازا للبيع أيضا) قبل أن يجيء بان أسقطاه (قبل أن يأخذ الناس في الدياس والحصاد وقبل قدوم الحاج جازا للبيع أيضا) كما جاز إذا عقد بـأجل ثم ألحق هذه الأجل (وقال زفر لا يجوز) وتقييده بهذه الأجل لا يخرج نحو التاجيل به بوجوب النزع ونزول المطر فإنه لو أجل به ثم أسقطه لا يعود صحيحا اتفاقا وجهه قوله ان العقد فاسد (فلا ينقلب جائزا كاسقاط الاجل في النكاح الى أجل) وكلاشهاد عليه بعد عقده بلا شهود ولا ينقلب جائزا ويبع الدرهم بالدرهمين إذا أسقط الدرهم لا يعود صحيحا (ولنا) أن هذه الجهالة مانع من لزوم العقد وليس في صلب العقد بل في اعتبار امر خارج هو الاجل ولب العقد البدل مع وجود مقتضى للصحة وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي فإذا زال المانع قبل وجود ما يقتضي سبب الفساد وهو المنازعة عند المطالبة الكائنة عند مجيء الوقت ظهر على المقتضى وهو معنى انقلبه صحيحا بخلاف ما قاس عليه من الشهادات المتأخران عدم الاشهاد عدم الشرط وعدوق المشرع فاسد لعدم الشرط لا يعود ذلك بعينه صحيحا مثلا اذا صلى بالوضوء ثم نوى ألا يصير تلك الصلاة صحيحة وانما نظير ما نحن فيه أن يتوضأ قبل عدم المفسد وهو عدم الشرط وذلك قبل الصلاة وأما النكاح الى أجل فليس هو عقد النكاح بل عقد آخر لا وجود له في الشرع بعد فسخ المتعة وعقد من العقود لا ينقلب عقدا آخر فلا يصح اسقاط الدرهم (لان الفساد في صلب العقد) والذي يحتاج بعد هذا الى الجواب ما إذا أسقط الرطل الخمر فيما إذا باع بالف و رطل خمر نص محمد على جواز البيع وانقلبه صحيحا في آخر الصرف للدم الآن يقال هو تبع للالف الثمن في بيع المسلم بخلاف ما إذا باع بالخمر فإنه حينئذ يتعين كون الخمر هو الثمن وينفسد فلا مستتبع هناك هذا والخاف زفر بالنكاح الى أجل

الأصل في كونه مفسدا قلنا معنى الافضاء الى النزاع يشملهما ولا منازعة في الكفالة لأنه تبرع ابتداء فتبني على المسامحة (قوله ولو باع الى هذه الأجل) انما قيد بقوله الى هذه الأجل احترازا عن البيع الى هبوب الريح أو مجي المطر ثم تراضيا على اسقاط تلك الأجل وفي المبسوط وهذا بخلاف البيع الى هبوب الريح وأمطار السماء لان ذلك ليس باجل لان الاجل ما يكون منتظرا لوجود هبوب الريح وأمطار السماء قد يتصل بكلامه فعرفنا أنه ليس باجل بل هو شرط فاسد ولا جله فسد العقد (قوله فصار كاسقاط الاجل في النكاح الى أجل) أي على أصلكم وأما على قول زفر رحمه الله فالنكاح الى أجل جائز والشرط باطل كما مر في

في التفسير وقلنا الفساد للمنازعة والمنازعة انما تحقق عند حلول الاجل فاذا أسقطه ارتفع المفسد قبل تقرر فيعود جائزا فان قيل الجهالة تقرر في ابتداء العقد فلا يفسد سقوطها كما إذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد أجاب بان هذه الجهالة في شرط زائد وهو الاجل لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما ذكرنا فان الفساد في صلب العقد والقدور عبرت به اذ انكح بغير شهود ثم أشهد بعد النكاح فإنه لا ينقلب جائزا وليس الفساد في صلب العقد واذا باع الى أن هبوب الريح ثم أسقط الاجل لا ينقلب جائزا وأجيب عن الاول بان الفساد فيه لعدم الشرط فهو قوي كالمكان في صلب العقد لا ترى أن من صلى بغير طهارة ثم طهر لم تنقلب صلاته جائزة وعن الثاني بان هبوب الريح ليس باجل لان الاجل ما يكون منتظرا والهبوب قد يكون متصلا بكلامه (قوله وبخلاف

وقوله

النكاح) جواب عن قياس زفر على النكاح وتقرر به أن نقد قلنا ان العقد

الفساد قد ينقلب جائزا قبل تقرر الفساد ولم نقل ان عقدا ينقلب عقدا آخر والنكاح الى أجل متعه وهي عقد غير عقد النكاح فلا ينقلب نكاحا

قال المصنف (وقبل قدوم الحاج جازا للبيع أيضا) أقول لفظ أيضا من كلام صاحب الهداية قال المصنف (ولنا أن الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرر وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه) أقول يعني على أصلكم أما عند زفر فالنكاح الى أجل جائز والشرط باطل كما مر في النكاح

(قوله في الكتاب) أي القدوري ثم تراضيا خرج وقافلان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه قال (ومن جمع بين حر وعبد أو شاة ذكبة وميتة الخ) اذا جمع في البيع بين حر وعبد أو شاة ذكبة وميتة بطل البيع فيهما مطلقا عنى سواء فصل الثمن أولم يفصل عند أي حنفية ورجه انه وقال أبو يوسف ومحمد ان سمي لكل واحد ثمنان لم أن يقول اشترىتهما بالثمنين فكل واحد منهما حصة ثمنه جاز العقد في العبد والذكبة (وان جمع بين عبد ومدرأ وبين عبده وعبد غيره صح العقد في العبد بحصته من الثمن عندهم خلافا لفرجه انما فيهما) أي في العبد والمدرأ أو في الجمع بينهما (ومنزول التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وأم الولد كالمدرأ فان قيل منزول التسمية مجتهد فيه فصار كالمدرأ فيجب جواز بيعه مع المدرك كبيع القن مع المدرأ يجب بانه ليس بمجتهد فيه بل خطأ بين مخالفة الدليل الظاهر وهو قوله تعالى ولانا كلوا مما لم يذكراهم الله عليه حتى ان القاضي اذا قضى بحله لا ينفذ القضاء فكان بمنزلة من جمع بين الحر (٨٩) والعبد في البيع (لنظر الاعتبار بالفصل)

الاول يعني بين الحر والعبد بجماع انتفاء المحلية في حق الجمع ولا يوجب الفساد اذا سمي لكل ثمنان أن الفساد بقدر الفساد اذا حكم بثبت بقدر دليله والفساد في الحر كونه ليس بعمل للبيع وهو مختص به دون القن فلا يتعداه كما اذا جمع بين الاجنبية وأخته في عقد النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد لان ثمن العبد مجهول ولا يوجب حنفية فرجه انه وهو الفرق بين فصل الحر والمدرأ مع القن أن الحر لا يدخل تحت العقد أصلا لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة بدليل أن المشتري لا يملك قبول العقد في أحدهما دون الآخر وإذا كان كذلك كان قبول العقد فيما لا يصح فيه العقد شرطا لصحة العقد فيما يصح فيه فكان شرطا فاسدا وفيه نظر أما أولا فلا لانه اذا

وقوله في الكتاب ثم تراضيا خرج وقافلان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه قال (ومن جمع بين حر وعبد أو شاة ذكبة وميتة بطل البيع فيهما) وهذا عند أبي حنيفة فرجه الله وقال أبو يوسف ومحمد رجعهما الله ان سمي لكل واحد منهما ثمنان جاز في العبد والشاة الذكبة (وان جمع بين عبد ومدرأ وبين عبده وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن) عند علمائنا الثلاثة وقال زفر رجاءه فسد فيهما ومترول التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وأم الولد كالمدرأ في الاعتبار بالفصل الاول اذا تحل في البيع منتهية بالاضافة الى السكك ولهما أن الفساد بقدر الفساد فلا يتعدى الى القن كمن جمع بين الاجنبية وأخته في النكاح بخلاف ما اذا لم

يطريق الا لزام فانه يجبر النكاح الموقت ثم قول المصنف رحمه الله (وقوله في الكتاب تراضيا) أي قول القدوري في مختصره (قوله ومن جمع بين حر وعبد أو شاة ذكبة وميتة بطل البيع فيهما) سواء فصل ثمن كل واحد أو لم يفصل (وهذا عند أبي حنيفة فرجه انه تعالى وقال أبو يوسف ومحمد رجعهما الله ان سمي لكل واحد منهما ثمنان جاز في العبد) بما سمي له وكذا في الذكبة واذا لم يسم بطل بالاجماع ويقول أبي حنيفة قال مالك وعن الشافعي وأحمد وكل من القولين وعلى الخلاف ما اذا باع دينين خلافا إذا أحدهما آخر (ولو جمع بين عبد ومدرأ وبين عبده وعبد غيره) ولم يفصل الثمن (صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند الثلاثة وقال زفر فسد فيهما ومترول التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وأم الولد كالمدرأ) وأجمعوا أنه باع عبدتين فاستحق أحدهما لا يطل البيع في الآخر (لنظر الاعتبار بالفصل الاول) وهو ما اذا جمع بين عبد وحر ولم يفصل عن كل بجماع أنه باع مالا يصح بيعه مع ما يصح بجمعه عصفقة وهو لو يجب انتفاء محمية البيع بالاضافة الى المجموع اذ يصدق أن السكك من حيث هو كل ليس بمال (ولهما) في الاول (أن الفساد لا يتعدى) محل المفسد وبعد تفصيل الثمن يقتصر المفسد وهو عدم المحلية على الحر ونحوه فلا يتعدى الى غيره لانه حينئذ لا موجب لان كلامهما قد انفصل عن

النكاح (قوله بطل البيع فيهما) سمي لكل واحد منهما ثمنان أولم يسم عند أبي حنيفة فرجه انه وفي المبسوط باقظ الفساد فيما حيث قال فاذا أحدهما حر فالبيع فاسد فيهما ولا شاك في أن البيع باطل في الحر أما في القن فاذا كثر في أصول الفقه شمس الاثر فرجه انه يدل على أن العقد في القن فاسد لا باطل حيث قال أبو حنيفة فرجه انه فيما اذا باع حرًا وعبدًا أو سمي ثمن كل واحد منهما لم ينقض العقد صححا ولم ينعقد العقد في العبد أصلا (قوله عقد غير عقد النكاح) لان النكاح عقد مندوب اليه والمتعة منهيّة فلا يكون عقد النكاح والعقد لا ينقلب عقدا آخر (قوله فسد فيهما) أي في الفصلين وهو الجمع بين العبد والمدرأ والجمع بين عبده وعبد غيره (قوله ومنزول التسمية عامدا كالميتة) فان قيل ينبغي أن يجوز العقد فيما ضم اليه لانه

(١٢) - (فتح القدير والكفاية) - سادس () بين ثمن كل واحد منهما كانت الصفقة متفرقة وحينئذ لا يكون قبول العقد في الحر شرطا للبيع في العبد وأما ثانيا فلان الشرط الفاسد هو ما يكون فيه منفعة لاحد المتعاقدين أو للمعقود عليه حتى يكون في معنى الربا وليس في قبول العقد في الحر منفعة لاحدهما ولا للمعقود عليه فلا يكون شرطا فاسدا وأما ثانيا فلان قبول العقد في الحر انما يكون شرطا لقبول العقد في العبد اذا صح الإيجاب فلهما الثلاث ينضم الربا بغير قبول العقد في أحدهما دون الآخر ولو لم يحد فيما نحن فيه فصار كالجمع بين العبد والمدرأ ويجب عن الاول بان الصفقة متحدة في مثله اذا لم يذكر البيع أو الشراء وقد تقدم في أول البوع وعن الثاني بان في قبول العقد في الحر منفعة للبايع فانه اذا باعهما بالف والحر ليس بمال يقابله بدل فكانه قال بعث هذا العبد بخمسة مائة على أن يسلم الى خمسة مائة أخرى فبنفع بفضل حال عن العوض في البيع وهو الرابا وعن الثالث بان الإيجاب اذا صح فلهما صحت العقد والشرط جميعا فلا يكون فيما نحن فيه وإذا

ظهر هذا ظهر الفرق بين
 الفصلين وتم جواب زفر عن
 التسوية بينهما (قوله
 بخلاف النكاح) جواب
 عن قياسهما على النكاح
 بأن النكاح لا يبطل بالشرط
 العاقد بخلاف البيع وقوله
 أما البيع في هؤلاء متصل
 بقوله لأن الحر لا يدخل
 تحت العقد وأزادهؤلاء
 المدبر والمكاتب وأم الولد
 وعبد الغير فانهم دخلوا
 تحت العقد لقيام المالية
 فانها باعتبار الرق والتقوم
 وهما وجودان (قوله
 ولهذا ينفذ) يجوز أن
 يكون توضيح القول موقوف
 فان البيع في عبد الغير
 موقوف على إجازته وفي
 المكاتب على رضاه في أصح
 الروايتين وفي المدبر على
 قضاء القاضي وكذا إذا
 قضى القاضي بجواز بيع
 أم الولد نفذ عند أبي حنيفة
 وأبي يوسف رحمه الله
 خلافاً لمحمد بناء على أن
 الإجماع اللاحق برفع
 الاختلاف السابق عنده
 فيكون القضاء على خلاف
 الإجماع فلا ينفذ وعندهما
 لا يرفع فيكون القضاء في
 فصل مجتهد فيه نفذ فتجد
 عرف ذلك في أصول الفقه
 فان قيل كيف يصح قوله
 موقوف وقد قال في أول
 الباب يبيع أم الولد والمدبر
 والمكاتب باطل فالجواب
 أنه باطل إذا لم يجز المكاتب
 ولم يقض القاضي بجواز

يسمى عن كل واحد منهما لأنه مجهول ولا بد حنيئة رحمه الله وهو الفرق بين الفصيلين أن الحر لا يدخل تحت العقد أصلاً لأنه ليس ببيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرطاً للبيع في العبد وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح لأنه لا يبطل بالشرط الفاسد وأما البيع في هؤلاء موقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المأنيته وهذا يغني عن عيب الغير بأجزائه وفي المكاتب برضا في الأصح وفي المدبر بقضاء القاضي وكذا في أم الآخري بتفصيل الثمن ألا يرى أنه لو هلك أحدهما قبل القبض بقي العقد في الآخر لو كان كل منهما عبداً وصار كالرجوع بين أختين وأجنبية في عقد النكاح بخلاف ما إذا لم يسم عن كل منهما إلا أن الفاسد حينئذ في القن لجملته غنم (ولا بد حنيئة وهو الفرق بين الفصيلين) أعني الجمع بين الحر والعبد والجمع بين الأجنبية وأخته والمدبر والعبد أن الحر لا يدخل تحت العقد أصلاً والبيع صفقة واحدة) بدليل أنه ليس للقبول أن يقبل في أحدهما بعد جعل قبول العقد في كل شرط في بيعه الآخر فقد شرط في قبول العقد قبوله في الحر وهو شرط فاسد فيبطل بيع العبد (بخلاف النكاح فإنه لا يبطل بالشرط الفاسد أما بيع هؤلاء موقوف) على القضاء في المدبر وبرضا المكاتب في الأصح خلافاً لما روي عن أبي حنيفة وأبي يوسف وأجازة ذلك الغير (فقد دخلوا في العقد لقيام المأنيته) على قول بعض المجتهدين في أم الولد أيضاً فدخلت أيضاً على قول أبي حنيفة وأبي يوسف

يحتد فيه كالمدبر فإن الشافعي رحمه الله قائل بحمله قلنا حرمة منصوص عليها ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص فلا يعتبر خلافه ولا ينفذ القضاء ومن جسد بين وقف ومالك صح في المالك في الأصح (قوله ولا بد حنيئة رحمه الله وهو الفرق بين الفصيلين) بيانه أن من جسد بين شئين في العقد فقد جعل قبول العقد في كل واحد منهما شرطاً للعقد على الآخر ولهذا الألتام المشتري القبول في أحدهما دون الآخر والحر والميعة لا يقبلان البيع أصلاً لأنهما ليسا ببيع فيكون جاعلاً لقبول العقد فيما لا يقبل العقد أصلاً شرطاً للعقد على العبد والذكية وهو شرط فاسد والبيع يفسد بالشرط الفاسد بخلاف النكاح فإنه لا يبطل (قوله والبيع صفقة واحدة) فكان القبول في الحر شرطاً للبيع في العبد) فان قيل إذا بين عن كل واحد منهما تكون الصفقة متفرقة فينبغي أن لا يكون القبول في الحر شرطاً في العبد قلنا إذا لم يكره الإيجاب تكون الصفقة مفترقة فينبغي أن لا يكون المبيع غنماً وعند اتحاد الصفقة كان قبول كل واحد منهما شرطاً للصحة البيع في الآخر فكان قبول الحر شرطاً للصحة البيع في العبد وهو شرط فاسد فيفسد به البيع فان قيل الشرط الفاسد هو ما يكون فيه منفعة لأحد المتعاقدين حتى يكون في معنى الرافض لا يوجد ذلك في اشتراط قبول الحر في حق القن فلا يفسد قلنا ذلك غير مسلم في كل شرط بل وجود شرط هو بخلاف مقتضى العقد كافي في إفساد البيع ولئن سلمنا ذلك قلنا هو موجود في قبول الحر أيضاً وذلك لأن قبول الحر قبول لبدله وبدل الحر مال متقوم والحرايس بطلان فلا يكون بدله مقابلاً لعمال فكان بدله خالي عن العوض فكان رافضاً وذلك لأنه إذا باعها بألف صار كان البائع قال بعت هذا العبد بخمسمائة على أن تسلم إلى خمسمائة أخرى وهو عين الرافض باعتبار أنه فضل حال عن العوض في البيع وقالوا بما شرط قبول العقد في أحدهما بقبول العقد في الآخر إذا صح الإيجاب فيهما حتى لا يكون المشتري ملحقاً بالضرر بالبائع في قبول العقد في أحدهما دون الآخر وذلك ينعدم إذا لم يصح الإيجاب في أحدهما وصار هذا كما إذا اشترى عبداً أو مكاتباً ومدبراً بالبيع يفسد في المدبر والمكاتب ويبقى العقد صحيحاً في العبد كذا ههنا وأبو حنيفة رحمه الله يقول البائع لما جمع بينهما في الإيجاب فقد شرط في قبول العقد في كل واحد منهما قبول العقد في الآخر وقولهما أن هذا عند صحة الإيجاب فيهما قلنا عند صحة الإيجاب فيهما يكون هذا شرطاً صحيحاً ونحن انما ندعي الفاسد وذلك عند فساد الإيجاب لأن هذا الشرط باعتبار جمع البائع بينهما في كلامه لا باعتبار وجود الأهلية فيهما ذكر الكرخي جوع أبي يوسف رحمه الله في فصل من هذا الجنس إلى قول أبي حنيفة رحمه الله ومثله الطوق والجارية إذا باعها بشئ من مؤجل كما ينبغي للصرف فاستدلوا بجوعه في تلك المسئلة على جوعه في جميع هذه المسائل لأن الفرق بينهما لا يتضح (قوله وكذا في أم الولد عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله) وهذا بناء على أن جواز بيع أم الولد يختلف بين الصحابة

الولد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وجه الله الآن المالك باستحقاقه المبيع وهو لاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع فكان هذا الإشارة إلى البقاء كما إذا اشترى عبدين وهلك أحدهما قبل القبض وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع ولا يباع بالحصاة ابتداء ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه

(الآن المالك) أي مالك العبد المضموم إلى عبد البائع (باستحقاقه المبيع) وهو لاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع) بعد وجوده فيما يقبله وهذا في أم الولد بناء على صحة القضاء ببيعها عندهما خلافاً للمحمد وهو بناء على أن إجماع التابعين اللاحق هل يرفع خلاف الصحابة السابق عندهما لا يقولون برفع خلاف الصحابة وتوعده عند محمد ثم فلذا صرح القضاء ببيعها عندهما نظر إلى الخلاف وعنده لا نظر إلى الإجماع وارتفع الخلاف مع أن قول عبدة لعلي رضي الله عنه لما قال بدلى رأى أنهن يبعن فقال رأيتك في الجساعة أحب إلي من رأيتك وحسبك ظاهر في أن أكثر الصحابة كانوا على منع بيعها أو كلهم إلا علياً وقد ذكر الكرخي رجوع أبي يوسف في مسألة الطوق والجارية إذا باعها مائة من مؤجل كاسيحي في الصرف فاستدلوا به على رجوعه في هذه المسائل إذ الفرق بينهما ما لا يتضح كذا في المبسوط قيل ينبغي أن يكون الجمع بين متروك التسمية عامداً وبين الذبحة كالجمع بين القن والمدبر على قول أبي حنيفة لضعف الفساد في متروكها للاجتهاد أجيب بالفرق بأنه لا يعمل بالقضاء ويصح بيع المدبر به والاجتهاد فيه غير معتبر بل نفس الاجتهاد خطأ لصادمة ظاهر النص هذا وقد يجعل الخلاف بينهم بناء على الخلاف في تعدد الصفقة واتحادها فقد تقدم أول كتاب البيع أن تعددها عندهما بتعدد الثمن وتفصيله وعنده لا يحصل بذلك التعدد بل لا بد مع ذلك من تكرار لفظ البيع وما في الخبرية أن البائع إذا فصل الثمن وسمى لكل ثمن على حدة واتحد الباقي كانت الصفقة واحدة وهو على قول أبي حنيفة وأورد من قبلهما أن قبول العقد فيما لا يصح شرط ليس فيه منفعة فلا يكون مفصداً أجيب بمنع اشتراط النفع في افساد الشرط أولاً وليس بشيء ثم لو سلم ففقه نفع لأن في قبوله قبول بدله وهو مال ممتقوم والحر ليس بمال فيكون بدله خالي عن العوض فيكون ربا وقوله (وكان هذا) يعني رد البيع (إشارة إلى البقاء) يعني دخولهم تحت البيع لأن رد البيع بدون انعقاده لا يصح وإذا خرجوا بعد دخولهم لا يكون فيه بيع بالحصاة ابتداء بل بقاء كما إذا باع عبدين وهلك أحدهما قبل القبض ينفسخ البيع فيه وحده وتجب حصاة الآخر من الثمن وإذا كان المدبر وما معه محلاً للبيع لم يكن جمعه مع القن يتضمن اشتراط قبول العقد في غير المبيع (فروغ) في الكافي جمع بين وقف وملأ وأطلق صح في الملك في الأصح وقال الحلواني يغسد فيها ثم رجوع وقال جاز في الملك كافي العبد والمدبر ولو باع كرمافيه مسجد قديم إن كان عارساً يفسد البيع والا وكذا في المقبرة ولو اشترى داراً فيه طريق للامة لا يفسد البيع والطريق هيب ولو اشترى داراً بطريقها ثم استحق الطريق إن شاء أمسكها بخصته وإن شاء ردها إن كان الطريق مختلطاً به وإن كان متميزاً الزمة للدار بخصته ومعنى اختلاطه كونه لم يذكر له الحدود وفي المنتقى إذا لم يكن الطريق محدوداً ففسد البيع والمسجد الخاص كالطريق المعلوم ولو كان مسجد جماعة ففسد البيع في الكل وفي بعض النسخ ولو كان مسجد جامع ففسد في الكل وكذا لو كان مهدوماً وأرضاً ساحدة لا بناء فيها بعد أن يكون أصله مسجد جامع كذا في المجتبى والظاهر أن هذا مفرع على قول أبي يوسف في المسجد الآن كان من ربه معلوم يعاديه ولو باع قرية وفيها مسجد واستثنى المسجد جاز البيع

رضى الله عنهم جوز على كرم الله وجهه بيع أم الولد والباقيون رضي الله عنهم لم يجوزوا ثم أجمع المتأخرون على عدم جواز بيع أم الولد والجماع المتأخرون يكون رافعاً للاختلاف المقدم عند محمد وجه الله وعندهما لا يكون رافعاً لهما إذ يجوز بيعها بقضاء القاضي عندهما (قوله الآن المالك) هذا استثناء عن قوله وقد دخلوا تحت العقد (قوله فكان هذا الإشارة إلى البقاء) أي فكان تولد ردوا البيع إشارة إلى انعقاد البيع وبقائه حتى يحتاجوا إلى الرد وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع لدخولهم تحت العقد ولا يباع بالحصاة ابتداء لانعقاد العقد وبقائه فيهم والله أعلم

بيعه المدبر وأم الولد بدل على ذلك تمام كلامه هناك ويجوز أن يكون توضيحاً لقيام المالك بالاجازة وقضاء القاضي لا ينفذ في غير محله وإذا نفذها عرّفنا الحليسة فهل لا يحمل للبيع الا بقيام المالك فعرّفنا أنهم دخلوا في العقد فكان الواجب أن لا يكون العقد فيهم فاسداً الآن المالك باستحقاقه المبيع وهو لاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع وهذا أي الرد بالاستحقاق لا يكون الا في البقاء فكان كما إذا اشترى عبدين وهلك أحدهما قبل القبض بقي العقد في الباقي بخصته من الثمن بقاء فلم يمنع من الخصه وهذا أي الجمع بين القن وأحد المذكورين لا يكون شرطاً لقبول في غير المبيع ولا يباع بالحصاة ابتداء بعدما ثبت دخولهم في المبيع ولهذا لا يشترط حالة العقد بين ثمن كل واحد من العبد والمدبر فيه أي فيه إذا جمع بين القن والمدبر

(فصل في أحكامه) وإذا قبض المشتري المبيع لما كان حكم الشيء كونه أنرا باتباعه بعبه ذكر أحكام البيع الفاسد عقبيه والبيع عندنا ينقسم باعتبار غير ما مر إلى صحيح وفاسد وباطل وموقوف وعند الشافعي إلى صحيح وباطل لا غير (وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع) يعني بأذنه (وفي العقد عوضان مالان ملك المبيع ولزمته القيمة) ذكر القبض لترتب الأحكام عليه وذكر البيع الفاسد لان الباطل لا يغيد شيوان أصل به القبض وأمر البائع يعني به الإذن في القبض أعم من كونه صريحاً أو دلالة والمعنى بدلالة الإذن هو أن قبضه عقيب العقد بحضرة البائع فان لم يكن بحضرة البائع لم يملكه بخلاف الصريح فانه يغيد طاقاً وقد أن يكون في العقد عوضان مالان لقائدة سبذ كرها وقوله ملك المبيع هو قول (٩٢) عامة المشايخ سوى أهل العراق فانهم يقولون المبيع في البيع الفاسد يملك

التصرف لأمولك العيين وقد تقدم الكلام فيه وقال الشافعي رحمه الله القبض في البيع الفاسد لا يغيد الملك لانه محظور والمحظور لا تنال به نعمة الملك لان المناسبة بين الأسباب والمسببات لا بد منها (ولان النهي نسخ للمشرعية للتضاد بين النهي والمشرعية) اذ النهي يقتضي القبح والمشرعية تستضي الحسن وبينهما منافاة والمنسوخ المشرعية لا يغيد حكمها شرعياً (ولهذا لا يغيد قبل القبض وصار كما إذا باع الخمر بالدرهم أو الدنانير

(فصل في أحكامه) وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع صريحاً أو دلالة كما سبق (وفي العقد عوضان كل منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته) ومعلوم أنه إذا لم يكن فيه خيار شرط لان ما فيه من الصحيح لا يملك بالقبض فكيف بالفاسد ولا يخفى ان لزوم القيمة عيناً انما هو بعد هلاك المبيع في يده أدامع قيامه في يده فالواجب رده بعينه (وقال الشافعي لا يملكه وان قبض لانه) أي البيع الفاسد (محظور فلا ينال به نعمة الملك ولان النهي نسخ للمشرعية للتضاد) بين المشرعية والنهي والمراد ان النهي يتضمن انتفاء المشرعية (ولهذا) أي كونه غير مشروع (لا يغيد الملك قبل القبض) ولو كان مشروعاً لثبت قبله كفي البيع الصحيح (وصار كما إذا باع الخمر بالمائة أو باع الخمر بالدرهم) فان الاتفاق على أنه لا يغيد الملك في الوجهين وما ذاك للاتقاء مشرعية والسبب (ولنا ان ركن العقد صدور من أهله في محله ولا خفاء في الاهلية ولا في المحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام) أي الكلام مغروض فيما إذا كان في العقد عوضان هما مالان قوله (نعمة) المالك لا تنال بالمحظور قلنا ممنوع بل ما وضعه الشرع سبباً

(فصل في أحكامه)

(قوله وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع وكل منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته) وفائدة هذا القيود ظاهرة وانما وجبت القيمة في البيع الفاسد لان الأصل أن ينعقد البيع بقيمة المبيع لان العدل فيه غير أن في القيمة ضرب جهالة لاختلاف المقومين فاقم المسمى مقامها صيانة للبيع عن الفساد وإذا فسد البيع بوجه آخر عذر العدل عن القيمة إلى المسمى فيصير إلى الأصل (قوله وقال الشافعي رحمه الله لا يملكه وان قبضه لانه محظور) لسكونه منها بعبه فلا ينال به نعمة الملك لا لاشتراط الملازمة بين المؤثر والأثر والملك نعمة لسكونه ذريعة إلى قضاء المآرب ووسيلة إلى درك المطالب (قوله ولان النهي نسخ للمشرعية) أي على أصل الشافعي رحمه الله للتضاد لان المشرعية تعضي كونه حسناً وكونه منهياً عنه يقتضي كونه قبيحاً وبينهما تضاد (قوله ولهذا لا يغيد قبل القبض) يعني أن المبيع على ما شرعه الله سبحانه موجب للمالك بنفسه لا بالقبض فإذا اتصل به ما منعه من الملك تحقق ما نال القيام العلة بالأحكام فلما بقي المانع مع القبض كان المانع قائماً بخلاف الهبة فانها لا توجب الملك الا بالقبض لانها ليست بعلة في نفسها بدون القبض فكان عدم العمل لانتفاء في العلة لالمانع وثبوت الضمان بالقبض ليس من حكم انعقاد العقد كلقبوض على سوم أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليحقق ركن البيع الخ (قوله وقد تقدم الكلام فيه الخ) أقول في أوائل والمحلية

البيع الفاسد قال المصنف (ولان النهي نسخ للمشرعية) أقول جوابه وبالله العون أن أراد بالشرعية ترتب الثمرات المطالبة بتنفيذ المنهى عنه عليه شرعاً فلا نسلم ذلك ولا نسلم التضاد من النهي والمشرعية بهذا المعنى كيف هو أول المسئلة وان أراد بها المادونية شرعاً فمسل ولا يلزم من انتفاء المادونية تشرعاً انتفاء ثمرتها لانهما لا يترتب الاحكام فليتم (قوله أو بالمائة) أقول ظاهره عطف على الدرهم فلا يوافق المنزلة الا تخصيص فيه للمائة بجعله ثمن الخمر بل عام (قوله ولنا ان البيع الفاسد مفسد بالشرع) أقول لعل قوله مفسد شرعاً يحجز عن مفيد الملك بقوله آخر كلامه لوجود التلازم بين كلاً منهما فليتم

أو بالمبتدئة وقيضها المشتري فإنه لا يفيد الملك ولنأ أن البيع الفاسد مشروع باصلا لان ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب بالتراضي صدر من أهله اذا الكلام في ان لا خلل في العاقدین مضافا الى محله كذلك وكل بيع كان كذلك فيد الملك فهذا البيع يفيد لا يقال قد يكون النسي مانعا عن ذلك لان النسي يقرر والمشرعية عندنا لاقتضائه التصو وليكون النسي عناية كون ليكون العبد مبتلى بين أن يترك باختباره في ثياب وبين أن يأتي به فيعاقب عليه بنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة (٩٣) الملك لكن لا بد فيه من قبح مقتضى النسي

في ثيابه في وصفه مجاورا كما في البيع وقت النداء عملا بالوجهين وقد قررنا هذا في التقرير على وجه أتم واعتراض بان المحذور في البيع وقت النداء مجاور وأما في المتنازع فيه فهو من قبيل ما اتصل به وصف فلا يكون قوله كما في البيع وقت النداء صحها وأيضاً الحكم هناك الكراهة في المتنازع فيه الغسادة واجب بان غسار المصنف عن ذكر المجاورة بيان ان المحذور ليس لغسار في عين النسي عنه كل عهده الخضم والمجاورة جعلوا المتصل وصفاً بيان في ذلك وبان غرضه ان حكم المنهي عنه ليس البطان كما يدعيه الخصم والكراهة والفساد يشتركان في عدم البطان طالع التقرير وتطلع على ذلك قال المصنف (وذكر مبادلة المال بالمال) أقول يعني حقيقة والافتركه الإيجاب والقبول أو ما دل على ذلك قال المصنف (وفي الكلام) أقول أي الكلام مغرور فيما اذا كان في العقد عوضان ههما ما لان قال المصنف (والنسي) أقول

والحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنسي يقرر والمشرعية عندنا لاقتضائه التصو بنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك

الحكم اذا نسي عنه على وضع خاص ففعل مع ذلك الوضع رأينا من الشرع انه أثبت حكمه وأتمه أصله الطلاق وضعه لازالة العصمة ونسي عنه بوضع خاص وهو ما اذا كانت المرأة حائضاً ثم رأينا أنه أثبت حكم طلاق الحائض فأزاله العصمة حتى أمر ابن عمر بالراجعة ففعلها للعصبة بالتقدير الممكن وأتم المطلق فصار هذا أصلاً في كل سبب شرعي نسي عن مباشرة على الوجه الغلاني اذا وشرع به يثبت حكمه ويصحب به وقوله النسي نسخ للمشرعية يعني يفيد انتفاء هاهنا الوصف فنقول ما تريد بانتفاء مشروعية السبب كونه لم يؤذن فيه مع ذلك الوصف المذكور أو كونه لا يفيد حكمه ان أردت الاول سلمناه ومنعنا انه مع ذلك لا يفيد حكمه مع الوصف المقتضى للنسي كما رأيناك من الشرع وان أردت الثاني فهو محل النزاع وهو حيثنذ مصادره حيث جعلت محل النزاع جزء الدليل لا يقال فلا فائدة للنسي حيثنذ لان فائدة التبريم والتأنيب وهو موضع النسي فإنه للتحريم أو الكراهة التحريم اذا كان ظني الثبوت وهذا بخلاف ما اذا لم يكن الثابت ركن العقد بان لم يكن ما لا بان عقد على النحر أو المبتدئة لعدم الركن فلم يوجد السبب أصلاً فلا يفيد الملك فوضعنا الاصطلاح على الفاسد والباطل باعتبار اختلاف حكمه ما تميز فيه من انما لا يفيد حكمه باطلا وما يفيد فاسداً أخذنا من مناسبة لغوية تقدمت أول باب البيع الفاسد ولا يخفى في حسن هذا التقرير ان شاء الله تعالى وكفايته وأما قول المصنف رحمه الله وغيره من المشايخ (النسي يقرر والمشرعية لاقتضائه التصو) يريدون ان النسي عن الامر الشرعي يقرر ومشرعية النسي عن الشيء يقتضي تصور المنهي عنه والام لا يمكن للنسي فائدة فليس بذلك لان كونه يقتضي تصور والمنهي عنه بمعنى امكان فعله مع الوصف المنهي عنه لا يفيد فانه اذا فعل هذا المتصور يقع غير مشروع وان أرادوا تصور شرعياً أي ما ذروا فيه شرعاً ممنوع وان قالوا انه يتصوره مشروعاً باصلا مع هذا الوصف الذي هو مثير النسي قلنا سلمناه ولكن الثابت في صورته النسي هو المقرن بالوصف فهو غير مشروع معه والمشرع وهو أصله يعني البيع مطلقاً عن ذلك الوصف غير الثابت هنا فلا فائدة في هذا الكلام أصلاً اذا سلم انه مشروع باصلا أعني ما لم يقرن بالوصف وهو مفقود فلا يجدي شيئا حيثنذ قوله (فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك) يقال عليه ما تريد بنفس البيع الذي ليس فيه الوصف الذي هو متعلق النسي أو ما فيه ان قلت الذي ليس فيه سلمناه وبه تنال نعمة الملك لكن الثابت البيع الذي ليس كذلك وهو ما فيه الوصف المثير للنسي فلا ينال به نعمة الملك فيحتاج لما قررناه من منع ان السبب اذا كان مع النسي لا يفيد الملك الى آخر ما ذكرنا

الشرع فانه مضمون بالقيمة ولا عقد (وله وفيه الكلام) أي الخلاف فيما اذا كان مبادلة المال بالمال أما اذا لم يكن عوضان أو أحدهما مالاً فالبيع باطل اجاباً لعدم ركنه ولا نزاع فيه (قوله والنسي يقرر والمشرعية) عندنا لاقتضائه التصو عنه اذا النسي لانه يقتضي تصور المنهي عملاً يتصور لغولان النسي رادبه عدم الفعل مضافاً الى اختيار العبد فيعتمد تصور له ليكون العبد مبتلى بين أن يكف عنه باختباره في ثياب عليه وبين أن يفعله باختباره فيعاقب عليه وتصو والمشرع بشرعيته فكان النسي يعني في غير المنهي عنه فيصير مشروعاً

معارضة الدليل الثاني قال المصنف (يقرر والمشرعية) أقول يعني ترتب الاحكام المطلوبة منه عليه شرعاً لا بمعنى الماذونية شرعاً قال المصنف (لاقتضائه التصو رالح) أقول يعني تصور موجوداً شرعاً وتصو مطابقاً للواقع فاذا كان موجوداً شرعاً يترتب عليه الاقرار والاحكام المطلوبة اذ هو معنى الوجود الخارجى على ما بين في موضعه قال المصنف (فنفس البيع) أقول مع قطع النظر عن وصفه قال المصنف (مشروع) أقول أي ماذون فيه فقوله فنفس البيع مناقضة وإشارة الى الجواب عن دليل الشافعي والقائل بليس للتقرير بيع بل عاطفة للتعقيب الذي كرى (قوله قد يكون النسي مانعاً عن ذلك) أقول أي عن المشرعية (قوله لكن لا بد فيه من قبح مقتضى النسي) أقول قوله مقتضى النسي حال

(قوله وانما لا يثبت الملك قبل القبض كى لا يودى الى تقير بالفساد) جواب عن قوله ولهذا لا يفيد قبل القبض وتقر بذلك انه لو ثبت الملك قبل القبض لوجب تسليم المثلين ووجب على البائع تسليم المبيع لانهم من مواجب العقد فيقر الفساد وهو لا يجوز لانه واجب الرفع بالاسترداد وكل ما هو واجب الرفع بالاسترداد لا يجوز تقير به واذا كان واجب الرفع بالاسترداد يعنى اذا كان المبيع مقبولا فلا يكون واجب الرفع بالاسترداد عن مطالبه أحد المتعاقدين (٩٤) أولى لكونه أسهل لسلامته عن المطالبة والاحضار والتسليم والتسليم ثم الرفع بالاسترداد

وانما المحذور وما يجاوره كفى المبيع وقت النداء وانما لا يثبت الملك قبل القبض كى لا يودى الى تقير بالفساد الجار واد هو واجب الرفع بالاسترداد فبالا متناع عن المطالبة أولى

وأما (قوله) وانما المحذور وما يجاوره كفى المبيع وقت النداء فالمراد أن يجمع بين مانحن فيه وبين المبيع وقت النداء في ثبوت الملك عند عدم كون النهي لعين المني عنه كما اذا كان مع عدم ثبوت الركن والا فالنهي للمجاور يفيد الكراهة لا الحظر والنهي للوصف لا لزوم كائن فيه يفيد الحظر هذا الا أنى أقول وبالله التوفيق مع ذلك ان المحذور والخير بوليسا بمال في شريعتنا فان الشارع أهانها بكل وجه حتى لعن حاملها ومعتصرها مع انها متصودة محل الاعتصار بل الموجد حينئذ ينفذ أن يصير خيرا وبائعها أو كل ثمنها وهي مال في شرع أهل الكتاب على زعمهم وحيث أمرنا أن نتركهم وما يدينون فقد أمرنا باعتبار بيعهم اياها وبيعهم بها فاذا كان أحد العوضين خيرا وأخير برافى بيع المسلم فهو باطل لا يفيد الملك في البذل لا تحوان كان ثمنان كان في بيعهم فصحيح والله أعلم وقوله (وانما لا يثبت الملك قبل القبض الى آخره) جواب عن مقدرو انه اذا كان هذا المبيع يفيد حكمه فساوجه تراخيه عنه الى وقت القبض فاجاب وحاصل الوجه فيه ان قد أرينا أنه بسبب محظور وان ما هو بسبب محظور طلب الشرع رفعه بالقدر الممكن وان ترتب حكمه كما أمر بمراجعة الخائن فوجب ذلك في المبيع وحيث أمرنا باعدامه بعد فعله صار بسبب ضعفه رأينا تحكيم السبب قد تأنر عنه في الشرع بسبب من الاسباب فأنراه الى القبض فانه يتأكد العقد فيوجب حينئذ حكمه كالكهبة لما ضعف السبب فلم يثبت الملك فيها الا بالقبض وقوله (كى لا يودى الى تقير بالفساد) أى الى زيادة

باصله فيبر مشر وع بوصفه فيصير فاسدا فثبت أن نعمة الملك ما نبطت بالمحظور بل بالمشرع (قوله) وانما المحذور وما يجاوره) فان قيل هذا من قبيل ما يتصل به المعنى وصفا لا من قبيل ما يجاوره المعنى جعا كما عرف في أصول الفقه قلنا أراد بالمجاور أن الفساد ليس لمعنى في عين المني عنه بل للمعنى في غير المني عنه وهو الشرط الزائد مثلا (قوله) كالمبيع وقت النداء) فان النهي ثمة ورد لمعنى في غير المني عنه وهو الاشتغال عن السعي بسبب البيع والاشتغال عن السعي غير البيع فان قبيل ذلك البيع مكرره وهذا فاسد فواجبه الالحاق قلنا هما يقدان في أن النهي فبهما غير راجع الى غير المني عنه ومن هذا الوجه صار حكم المتصل وصفا حكم المجاور جعا فبمع قياس أحدهما على الآخر لا شتر كما هي في أمره مقصود المصنف وأيضا ان غرض المصنف رحمه الله بيان أن حكم المني عنه ليس هو البطلان كما هو كذلك عندنا لهم ثم الكراهة مع الفساد يتشاركان من حيث أن حكم كل واحد منهما ليس بباطل ويفترقان من حيث أن ذلك الغير هنا متصل به وصفا فأتى في الفساد وثمة مجاور فأتى في الكراهة طهارا لا قصور (قوله) كى لا يودى الى تقير بالفساد لمجاور) وذلك لاننا لو ثبتنا الملك قبل القبض لكانا نثبتين ذلك بالمبيع الفساد لانه لا موجب للملك هناك سواء والمبيع مشر وع بشرع الله تعالى فكان الفساد حينئذ مضافا الى الشارع فكان فيه تقير بالفساد ولا يجوز ذلك اأما لو قلنا بثبوت الملك بعد القبض كان القبض مثبنا للمالك لو جوب الضمان على القابض كفى القبض على سوم الشراء فكان تقير بالفساد مضافا الى العباد وذلك ليس ببعيد ولانه لو ثبت الملك قبل القبض لثبت

وعورض بانه لو لم يفد الملك قبل القبض لم يفده بعده لان كل ما يمنع عن ثبوت الملك بالمبيع قبل القبض يمنع بعده كتحيز الشرط وبانه لو أقاد بعد القبض كان تقير بالفساد والجواب عن الاول انه ممنوع والالزم أن يكون الشيء مع غيره كالشيء لا مع غيره وهو محال وخيار الشرط انما استوى فيه القبض وعدمه لان ثبوت الملك فيه معلق بسقوط الخيار معنى لانه يقول على انى بالخيار والمعلق بالشرط معدوم قبل وجوده وتعلقه بالشرط لم يختلف بين وجود القبض وعدمه فلم يلزم أن يكون الشيء مع غيره كالشيء لا مع غيره لان الشرط أهملو الغير أى القبط وعن الثانى ان تقير بالفساد بعد القبض يثبت في ضمن الضمان فان القبض بوجب الضمان فان لم ينتقل الملك من المضمون له الى الضامن لاجتماع البذلان في ملك شخص واحد وهو لا يجوز والضمانات لا معتد بهما

(قوله) لانها من مواجب

العقد) أقول الظاهر أن يقول من مواجب الملك لأنه أراد بالعقد الملك الثابت به مجرأ كفى رعيننا غشنا (قوله) ولان الجواب عن الاول انه ممنوع الخ) أقول لا يرد عدم ثبوت الملك بالقبض في البيع الباطل لكونه كالا على السند (قوله) لان الشرط أهملو الغير) أقول وللخصم أن يقول ان الفساد أهملو الغير أيضا (قوله) فان القبض بوجب الضمان) أقول ان أراد بعد الهلاك فسلم وليس الكلام فيه وان أراد حين قيام المبيع أو أعم فممنوع بل الواجب رد عينه فلا يلزم اجتماع البدلين في ملك شخص ولو صح ما ذكره ملك المغموب بالقبض لجريان ما ذكره فيه فليتنامل فان جواب النقص يظهر مما سبق في باب خيار الشرط من قوله حكما للمعاوضة والمقام بعد محل كلام

(قوله ولان السبب) دليل آخر على افادة البيع الفاسد المالك بعد القبض ووجهه ان السبب يعني البيع الفاسد (قد ضعف لمكان اقترانه بالقبض فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم) لان للقبض شبهة بالايجاب فصار كأن ايحاب البيع الفاسد اذ ادقوة في نفسه فهو كالهبة في احتياجه الى ما يعضده العقد من القبض (قوله والميتة ليست بمثل) جواب عن قياس الخصم المتنازع فيه على البيع بالميتة وتقر به ان الميتة ليست بمثل وماليس بمال لا يجوز فيه البيع لقوات ركنه ولو كان الخمر ممتنا وهو (٩٥) ما اذا اشترى الخمر بالدرهم فقد خرجناه

يعنى في أوائل البيع الفاسد وأراد به ما قاله وأما بيع الخمر والخمر بران كان بالدين كالدرهم والدنانير فالبيع باطل ولا يلزم من بطلان البيع فيما اذا كان الخمر ممتنا بطلان البيع في المتنازع فيه وفي شئ آخر أى دليل آخر سوى ما ذكرناه نال وهو ان العقد الواقع على الخمر يوجب القيمة لا عين الخمر لان المسلم ممنوع عن تسليم الخمر وتسليمها فلو قلنا بان عقد البيع في الصورة المذكورة لجعلنا القيمة ممتنا لان كل عين يقابلها الدرهم أو الدنانير في البيع هو ممتن لتعين الدراهم والدنانير للشيء مخلقة وشرعا ولا عهد لنا بذلك في صورة من صور البياعات فالقول به تغيير للمشروع في حكمه بطلانه (قوله ثم شرط أن يكون القبض باذن البائع) اشارة الى صحة الاذن بالدلالة كما اذا قبضه بمجلس العقد بحضرة قبل الافتراق ولم ينهه فانه يصح استحسانا (قوله وهو الصحيح) الاحتراز عما ذكره صاحب الايضاح

ولان السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبض فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم بمزلة الهبة والميتة ليست بمثل فانه عدم الركن ولو كان الخمر ممتنا فقد خرجناه وشئ آخر وهو ان في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح هنا لاننا ثم شرط أن يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر الا أنه يكتفى به دلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد استحسانا وهو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرة قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط

تقر به فان المبادرة اليه تزيد وجوده وانما وجب الرفع فلا يفعل ذلك وقوله (وان كان الخمر ممتنا فقد خرجناه) يريد ما قدمه من بطلان البيع اذا كانت مبيعة لان في جعلها المقصود بالعقد اعزازها وقوله (وشئ آخر) أى وجه آخر لبطلان العقد اذا كانت مبيعة وهو ان الواجب حينئذ تسليم قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تسليمها وتسليمها والقيمة لا تكون الادراهم أو دنانير قصيرا القيمة مبيعة لقياسها مقام مبيع وهو خلاف وضع الشرع في سائر البياعات من ان المقابل للسلم من النقود ممن لا يقال لما منع من ذلك فان الدراهم والدنانير اذا قبلت بمثلها صار كل منهما مبيعا ونحو الخمر قد قبلت بالدراهم فاذا انزلت القيمة مكانها صارت دراهم مقابلة بدراهم لاننا نقول الثابت هنا كون كل مبيعا ونحوها هنا يلزم مبيعة ليس غير وقد يقال لما كان الواجب بقبض المبيع في الفاسد القيمة لا الثمن والمسدوع في بيع الخمر قيمتها آل الى الصرف فتكون القيمة مبيعة ونحوها كالقيمة التي يدفعها المشتري (ثم شرط) في المالك أن يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر) من المذهب (الا أنه يكتفى بالاذن دلالة كما اذا) اجتره (قبضه في مجلس العقد) ولم ينهه البائع (استحسانا وهو الصحيح) لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرة قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط

بالعوض اذ المسمى لا يجب للفاسد وضمان القيمة لا يجب الا بالقبض ولان القبض واجب الدفع والقبض بالاسترداد بعد القبض دفعا للفاسد المتصل به فلان لا يجب المالك قبل القبض حتى يثبت الامتناع عن المطالبة أولى لان هذا أسهل وأبعد عن العبث اذ لو قلنا يسلم ثم يسترد المبيع من المشتري بعد القبض كان فيه نوع عبث (قوله ولان السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبض) يعني أن سبب المالك قد ضعف لاقتران الشرط انما سببه والشئ اذا كان ضعيفا واهيا لا يترتب عليه حكمه وموجبه الا بانضمام ما يؤكده كافي الهبة فيكون انعدام المالك قبل القبض لقصور السبب في نفسه لا مانع آخر (قوله فقد خرجناه) وهو ما ذكر في أول الباب أن المبيع هو المقصود في البيع وفي جعل الخمر مبيعة مقصود اعزازه والشرع أمر باهانتسه وترك اعزازه فكان بيع الخمر باطلا (قوله وشئ آخر) يعنى دليل آخر على بطلان بيع الخمر وهو أن الواجب في بيع الخمر هو القيمة وهذا لان الخمر اذا جعل مبيعا فلو انعقد هذا البيع انما ينقلد وجوب القيمة ضرورة يحجز المسلم عن تخليك الخمر وعملها كانه صرا في اذا تزوج نصرانية على غير ثم أسلم تحب القيمة والقيمة الواجبة في الزمة لا تصلح مبيعا لان القيمة هي الدراهم والدنانير اذ هما تقوم السلم وهما ثمنان فلا يصح ان ممتنين (قوله ثم شرط أن يكون القبض باذن البائع) أراد به قوله بامر البائع فعلم بهذا أن المراد من الاسر الاذن (قوله وهو الظاهر) أى شرط الاذن للقبض ظاهر الرواية الا أنه يكتفى به أى بالاذن دلالة (قوله وهو الصحيح) احتراز عما ذكره

وسماه الرواية المشهورة فقال وما قبضه بعير اذن البائع في البيع الفاسد فهو كالم قبض وهذه الرواية هي المشهورة وجه الصحيح ان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرة قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق فيكتفى به وعلى هذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا وعلى رواية صاحب الايضاح يحتاج الى الفرق بين الهبة والبيع الفاسد وذلك بان العقد اذا وقع فاسدا لم يتضمن تسليط على القبض لان التسليط (قوله باذن البائع) اشارة الى صحة الاذن أقول في حصول الاشارة ممدا ذكره فاعلموا لعل مراده هذا القول الخ (قوله كما اذا قبضه) أقول ينبغي أن تكون السكاف رائدة على ما يدل عليه نفسه به الاذن دلالة في أول الفصل

الفاصل وجودا شرعيا ولا يكفي ذلك في ثبوت مقتضى ثم أقول له يجب اعدامه فلم يثبت المقتضى يعني يجب اعدامه لانه
 شرعا فلم يثبت المقتضى شرعا قال المصنف (بالحق ركن البيع) أقول يعني بإظهار صحة فان الفاعل قد يستعمل في معنى العام للباطل أيضا

لكل واحد من متعاقدي البيع الفاسد له فسخ البيع رفعاً للغش أو كذا بعد القبض أو بعده أما إذا كان قبل القبض فلما تقدم له أنه لم يقبل الحكم فذلك الفسخ امتناعاً من أن يقبل الحكم وأما إذا كان بعده فلا يخلو ما إذا كان الفساد في صلب العقد أي بمعنى في أحد البعدين كبيع درهم بدرهمين وبيع ثوب بخمر أو بشرط فاسد زائد كشرط ما ينتفع به أحد المتعاقدين والبيع إلى النير وز والمهر جان ونحو ذلك فإن كان الأول كان لكل منهما فسخه بحضرة صاحبه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لقوة الغش أو عند أبي يوسف بحضرة وعبدته وإن كان الثاني فلكل منهما ذلك إذا كان قبل القبض وأما إذا كان بعده فلذلك الشرط أن يفسخه بحضرة صاحبه إذا كان المبيع في يده المشتري على حاله لم يزد ولم ينقص وأما إذا لم يكن كذلك ففيه تفصيل يطلب في شرح الطحاوي قبل (٩٧) المذكور في الكتاب قول محمد وجهه

ما ذكره أن العدة أقوى

فكان الواجب أن لا يكون

لأحد المتعاقدين حق الفسخ

لكن الرضا لم يتحقق في حق

من له الشرط فإنه أن يفسخه

وأما على قول أبي حنيفة

وأبي يوسف رحمهما الله

فلكل واحد من المتعاقدين

حق الفسخ لأنه مستحق

حقاً للشرع فانتفى الزوم

عن العقد وفي العقد الغير

اللازم يمكن كل واحد

من المتعاقدين من نسخه

كذا في الذخيرة والإيضاح

والكافي فإن باع المشتري

المقبوض بالشراء الفاسد

نفذ بيعه لأنه ملكه بالقبض

وكل من ملك بالقبض شيئاً

ملك التصرف فيه سواء

كان نصراً فلا يحتمل النقص

كالعناق والتدبير أو يحتمل

كالبيع والهبة ورد بان

المبيع لو كان ما كولا لم

يحل أكله ولو كانت جارية

لم يحل وطؤها ذكره في

شرح الطحاوي فلم يملك

التصرف مطلقاً وأوجب

بالمنع فإن محمد أنص في كتاب

لأنه لم يقدح حكمه فيكون الفسخ امتناعاً منه وكذا بعد القبض إذا كان الفساد في صلب العقد لقوته وإن كان الفساد بشرط زائد فلم ينل الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد لأنه لم يتحقق المراضاة في حق من له الشرط

وفرعه حق لله تعالى فإن نفس العقد مكروه والجري على موجب به بالتصرف في المبيع بملك أو انتفاع بوطه أو بلبس أو كل كذلك أي يكره لما فيه من تقرير المعصية وهي كراهة التبريم ولو جهان يكون حراماً لأن لاجتماع على منعه شرعاً قطعي وجب الحرمة وعرف من تعليل المصنف برفع المعصية أن الواجب أن يقال وعلى كل واحد فسخه غيره أنه أراد بجريديان ثبوت ولاية الفسخ فوق تعليله أن خص من دعواه وحاصل المنقول في المسئلة أنه إذا كان الفساد في صلب العقد وهو ما يرجع إلى الثمن أو الثمن كبيع درهم بدرهمين أو ثوب بخمر فملك كل فسخه بحضرة الآخر عندهما لأنه وإن كان حق الشرع ففيه الزام موجب لنفسه فلا يلزمه إلا بعلمه وعند أبي يوسف وغيره أيضاً ولم يحكم المصنف هذا الخلاف (وإن كان الفساد بشرط زائد) كالبيع على أن يقرضه ونحوه أو إلى أجل مجهول فلكل واحد ملك فسخه قبل القبض وأما بعد القبض فيستقل (من له) منفعة (الشرط) والأجل بالفسخ كالبائع في صورة الإقراض والمشتري في الأجل بحضرة الآخر (دون من عليه) عند محمد رحمه الله تعالى لأن منفعة الشرط إذا كانت دائمة عليه صح فسخه لأنه يقدر أن يسقط الأجل فيصح العقد فاذا فسخه فقد أبطل حقه لعقدته على تصحيح العقد وعندهما لكل منهما حق الفسخ لأنه مستحق حقاً للشرع فانتفى الزوم عن العقد والعقد إذا كان غير لازم يمكن كل من فسخه كذا في الذخيرة والإيضاح والسكافي فعلى هذا المذكور هنا قول محمد وحده وهذا إذا كان المبيع في يده المشتري على حاله لم يزد ولم ينقص أما إذا زاد المشتري في يده المشتري زيادة متصلة متولدة من الأصل أولاً أو منفصلة كذلك أو انتقص بأشياء مسمومة أو بفعل الغير بائعاً أو مشترياً أو أجنبياً ففسد كره وقوله (الأنه) إلى آخره جواب سؤال يرد على قوله لقوة العقد وهو أنه لما كان قوياً ينبغي أن لا يكون لأحد ولاية الفسخ وإن

منهما أن الفسخ مستحق حقاً لله تعالى لأن إعدام الفساد واجب وقبل القبض لم يفسد حكمه فيكون الفسخ امتناعاً عنه ولا يمكنه توقف على حضرة الآخر لأن الزام موجب للفسخ فلا يلزمه إلا بعلمه (قوله) وكذا بعد القبض إذا كان الفساد في صلب العقد (صلب الشيء ما يقوم به ذلك الشيء وقيام العقد بالعوضين فلكل فساد يمكن في أحد العوضين يكون فساداً في صلب العقد كبيع درهم بدرهمين وبيع ثوب بخمر أو نحو ذلك لقوة الفساد فيجب إعدامه حقاً للشرع فإن كان الفساد بشرط زائد باع إلى أجل مجهول فلم ينل الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد وفي الإيضاح هذا قول محمد رحمه الله لأن منفعة الشرط إذا كانت دائمة اليه كان الفسخ منه صححاً فاما إذا فسخ الآخر فقد أبطل حقه لأنه كان قادراً على تصحيح العقد بخلاف الشرط وهما يقولان بأن الفسخ مستحق شرعاً فانتفى الزوم عن العقد ومن له الشرط وإن كان قادراً على التصحيح

(١٣ - فتح القدير والسكافيه) - سادس) الاستحسان على حل تناوله قال لأن السائق ساطع على ذلك وذكر شمس الأئمة الحلواني

يكره الوطء ولا يحرم فاما ذكره في شرح الطحاوي يحتمل على عدم الطيب وإن سلم فالوطء مما لا يستباح بصريح التسلية فبدلاً له أولى وجواز

(قوله) فإن كان الأول كان الخ) أقول كان الظاهر أن يقول فإن كان الأول فذلك لقوة الفساد لأنه عدل عنه إلى ما يرى لبعده المسافة عن قوله أما إذا كان بعده وليه فله فسخه بحضرة صاحبه فليست بشرط (قوله) فلكل منهما ذلك إذا كان قبل القبض الخ) أقول لا يخفى عليك أن الكلام في باع القبض وحكم ما قبل القبض مرجع دليله في تقريره كآية طاهرة (قوله) كذا في الذخيرة والإيضاح والسكافي) أقول وهو ظاهر

التصرف باعتباره أسهل الملك وهو ينفلك عن صفة الحل وإذا كان البيع نافذا سقط حق ارتد إذا البائع لتعلق حق العبد وهو المشتري الثاني بالبيع الثاني ونقض البيع الأول لحق الشرع وإذا اجتمع حق الشرع وحق العبد يقدم حق العبد لحاجته وغنى الشرع وفيه بحث لأن التصرف ان كان اجارة أو تزويجا لم يسقط حق استرداده وكذا إذا مات المشتري ورث وارثه المشتري وان تعلق بذلك حق العبد ذلك كان ذلك تحكما وأجيب عن الاول بان الاجارة عقد ضعيف يفسخ بالاعتذار وفساد الشراء عذر في فسخها كإلاني ولم يذ كر محمد من يفسخها واذ كر في النوادر ان القاضي يفسخها والتزويج يشبه الاجارة لورده على المنفعة والبيع يرد على ملك الرقبة والفسخ كذلك فتعلق حق الزوج بالمنفعة لا يمنع الفسخ على الرقبة والنكاح على حاله قائم وعن الثاني بان ملك الوارث في حكم عين ما كان للعبد ورث لهذا يرد بالعيب و رد عليه وذلك الملك كان مستحق النقض فانتقل (٩٨) الى الوارث كذلك حتى لو مات البائع كان لو ارثه أن يسترد المبيع من المشتري بحكم

قال (فان باع المشتري نفعه ببيع) لانه ملكه ذلك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني ونقض الاول لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته ولان الاول مشروع وباصله دون وصفه والثاني مشروع وباصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف ولانه حصل بتسليط من جهة البائع كان له منفعة الشرط فاجاب بان القياس ذلك الا أنه لم يتم تحققه في حقه كان له الفسخ (قوله فان باعه) أي باع المشتري ما اشتراه شراء فاسدا رايها صحيحا (نفعه ببيع) لانه ملكه ذلك التصرف فيه وسقط حق البائع الاول في الاسترداد لتعلق حق العبد (العقد الثاني ونقض الاول) ما كان الا (لحق الشرع وحق العبد) عند معارضة حق الله تعالى (يقدم) باذن الله اغناه سبحانه وتعالى وسعة عفوه وجوده وفقر العبد وضيقه ولا ينقض بالصدرا اذا حرم ماله كما هو في يده حيث يقدم حق الشرع على العبد لا نقول الواجب عليه اطلاقه لا اخراجه عن ملكه فيطلقه بحيث لا يصيب عليه وهذا جمع بين الحقيقين ولا ينقض باسترداد وارث البائع اذ مات البائع من المشتري مع انه تعلق به حق العبد وهو الوارث لان الحق المتعلق للوارث هو نفس الحق الذي كان للمشتري وكان مشغولا بحق البائع في الرد فينتقل اليه كذلك أما الموصى له بالبيع فكما المشتري الثاني فليس لورثة البائع استرداده منه لان له ملكا متجردا بسبب اختياري لا تصرف من المشتري ولو قبل المشتري الثاني أيضا لما ينتقل اليه المبيع مشغولا بذلك الحق لان ذلك كان فيه للبائع الاول وليس في قدرته أن يبطل حقه فلا يصل ما باعه الى المشتري الا مشغولا بذلك احتاج الى الجواب (و) أيضا (الاول مشروع وباصله لا وصفه والثاني مشروع وباصله ووصفه فلا يعارضه) لزيادة قوته (ولانه) أي البيع الثاني (حصل بتسليط من جهة البائع) أي البائع الاول لان التملك منه مع الاذن في القبض تسليط على بالخلف لكن الكلام قبل الخلف (قوله وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني) فان قيل كان ينبغي أن ينقطع حق استرداد البائع من وارث المشتري شراء فاسدا لتعلق حق الوارث ولم ينقطع كما لا يبيح له حق الاسترداد من الموصى له قلنا انما كان كذلك لان ملك الوارث في حكم عين ما كان للعبد ورث لهذا يرد بالعيب و رد عليه وذلك الملك كان مستحق النقض فانتقل الى الوارث كذلك حتى لو مات البائع كان لو ارثه أن يسترد المبيع من المشتري بحكم الفساد وأما الموصى له فهو بمنزلة المشتري الثاني لان له ملكا متجردا بثبوته بسبب اختياري منشأ ولهذا لا يرد بالعيب (قوله وحق العبد مقدم لحاجته) فان قيل يشكل على هذا ما اذا كان حلالا وفي يده صيد ثم أحرم يجب عليه ارساله وفيه تقديم حق الله تعالى على حق العبد قلنا الواجب

الفساد وهذا بخلاف ما اذا أوصى المشتري بالمشتري لشخص ثم مات حيث لم يبق للبائع حق الاسترداد من الموصى له لان الموصى له بمنزلة المشتري الثاني في ثبوت ملكه بتجدد سبب اختياري ليس في حكم عين ما كان للموصى ولهذا لا يرد بالعيب فان قيل فلو لم يرد اجتمع الحقان يقدم حق العبد منقوض عما كان في يد حلال صيد ثم أحرم فانه يجب عليه ارساله وفيه تقديم حق الشرع أجيب بان الواجب فيه الجمع بين الحقيقين لا مكنة بالارسال في موضع لا يضيع ملكه لا التراجع فانه انما يصار اليه اذا امتنع الجمع (قوله ولان الاول) دليل آخر على سقوط حق استرداد البائع ووجه ان البيع الاول مشروع وباصله دون وصفه لما تقدم من مغرقة ماهية

الفساد عندنا والبيع الثاني مشروع وباصله ووصفه اذا لخل فيه لا في ركنه ولا في عوارضه فلا يعارضه مجرد الوصف وحاصله ان الفساد لا يعارض الصحيح (قوله ولانه حصل بتسليط من جهة البائع) دليل آخر على ذلك ومعناه ان البيع الثاني حصل بتسليط البائع الاول حيث كان القبض باذنه فاسترداده نقض ما تم من جهته وذلك باطل ونقض باسترداده قبل وجود البيع الثاني فانه نقض ما تم من جهته والجواب اننا لنسلم التمام فيه فان كلامنا من المتعاقدين في ذلك الفسخ فابن التمام فاذا باع المشتري فقد انتهت ملكه ولهذا لا يملك الفسخ والمنتهى مقرر واذ تقرر فقد تم ولم يكن ذلك الامتناع ابتداء فيكون الاسترداد نقضا لما تم من جهته

كلام القدوري أيضا ولا يخفى عليك ما في دليلهم ما من القوة (قوله وكل من ملك بالقبض) أقول ليس في تقييده بقوله بالقبض كثير فائدة (قوله وجوز التصرف الخ) أقول لعل المراد من جواز التصرف هو أن يترتب عليه الاثر كثبوت النسب

(قوله بخلاف تصرف المشتري) جواب عما يقال لو كان تعلق حق الغير بالمشتري. انما عن نقض التصرف لم ينقض تصرفات المشتري في الدار المشفوعة من البيع والهبة والبناء وغيره التعلق بحقه بمالك الشفعة ان ينقضها وتوجب الجواب ما قال ان كل واحد من حق المشتري والشفيع حق العبد ويستويان في المشروعية فيجوز نقض أحدهما لا الآخر بدليل يقتضيه وحاصله أن تعلق حق الغير انما يمنع النقض اذا كان في مقابلة ما هو مرجح عنده وأما اذا كان ما هو راجح فلا يمنع وحق الشفيع راجح لانه عند صحة الاخذ تحول الصفة اليه فتبقى تصرفات المشتري بلا سند فينقض ولانه ما حصل التسليط من جهة الشفيع ليكون نقضه نقضا لما تم من جهته وهذا لان التسليط انما يثبت بالاذن أو بآيات الملك المطلق للتصرف ولم يوجد من الشفيع شيء من ذلك قال (ومن اشترى عبدا (٩٩) بخمر أو خنزير فقبضه الخ) ومن اشترى عبدا بخمر أو خنزير فقبضه

بأذن البائع وأعتقه أو باعته ببيع صح أو عاد لفظ البيع ذكره لأنه أن يغير لفظ محمد رحمه الله لو تركه (أو وهبه وسلمه فهو) أي ما فعل من هذه التصرفات (جائز وعليه القيمة) أما جوازها (فلما ذكرناه ملكه بالقبض) والملك مطلق التصرف فينفذ وأما وجوب القيمة فلما تقدم انه مضمون بنفسه بالقبض (فتشابه الغصب وبالاتفاق فذلك) فصار كغصب هلك وفيه القيمة (وبالهبة) والتسليم (والبيع) انقطع حق الاسترداد على مامر) أي نعم من قوله لتعلق حق العبد بالثاني (والكتابة والرهن نظير البيع لانهم لا زمان) فان الرهن اذا اتصل بالقبض صار لازما في حق الراهن كالكتابة في حق المولى الا أن حق الاسترداد يعود بخمر المسكاتب وفك الرهن لزوال المانع وهو تعلق حق العبد فيقبل وليس

بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة لان كل واحد منهما حق العبد ويستويان في المشروعية وما حصل بتسليط من الشفيع قال (ومن اشترى عبدا بخمر أو خنزير فقبضه أو عتقه أو باعته أو وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة) لما ذكرناه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته وبالاتفاق فذلك فتلزمه القيمة وبالبيع والهبة انقطاع الاسترداد على مامر والكتابة والرهن نظير البيع لانهم لا زمان

التصرف فلا يتمكن من الاسترداد من المشتري الثاني والا كان ساعيا في نقض ماتمه ويؤدي الى المناقضة قبل عليه فعدم تمكنه من الاسترداد في بيع نفسه حينئذ أولى والجواب انه قبل بيع المشتري وتصرفه لم يكن باسترداده ساعيا في نقض ماتمه لان السكائن من جهته تسليط على البيع وتسامه بان يفعل المساط وهذا التسليط نفسه معصية فجعل له رجعة عليه أن يتدارك بالتوبة وذلك يكون قبل الفوات بفعل المساط فاذا لم يتدارك حتى فعل وتعلق به حق عبد فقد فوت على نفسه المكنة بنقضه حقيقة الحال أن حق كل من البائع والمشتري ليس الانتدراك رفع المعصية بالتوبة وتبقى آخر حتى تعلق حق عبد من المشتري والموهوب له والموصى له فقد فوته أما الوارث فانه مأمور بخلاص ميتته من المعصية كما يمكن فشرع له ذلك الحق لذلك وهذا (بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة) بالبيع والهبة فانه لا يمنع حق الشفيع ولأنه ينقض هذه التصرفات وياخذها بالشفعة وان تعلق بمحق الغير لان حق الشفيع وحق البائع حق العبد فيعارضه ويترجح الشفيع لانه أسبق ولانه لم يوجد من الشفيع تسليط على الشراء كفي البائع وأورد فينبغي أن يكون حق المشتري أحق من حق الشفيع لانه ان فيكون ناسخا أجيب بانه انما ينسخ اذا كان مثله في القوة والسبق من أسباب الترجيح فتترجش الشفعة (قوله ومن اشترى عبدا بخمر) المراد اشترى عبدا شراء فاسد بخمر أو غيره (فاعتقه أو باعته أو وهبه وسلمه) فهو جائز وعليه القيمة لما ذكرناه أنه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته (فيه (و) انما وجبت القيمة لانه (بالاتفاق فذلك) فوق الاياس عن الاسترداد (فتعينت القيمة وبالبيع والهبة انقطع حق الاسترداد على مامر) في المسئلة قبلها من أنه تعلق به حق العبد أعني المشتري الثاني والاسترداد الحق الشرع وحق العبد مقدم فقد فوت المكنة بتأخير التوبة (والكتابة والرهن) بعد قبضه (نظير البيع) يعني اذا كاتب العبد المبيع ببيع فاسد أو رهنه فهو نظير البيع لانهم لا زمان) الحق

الجمع بين الحقين وانما صار الى الترجيح اذا لم يكن وههنا أمكن بان يرسل من يده في موضع بحيث لا يضيع ملكه (قوله بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة) وجه الورود أنه لما قال سقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد ورد عليه أن تصرفات المشتري في الدار المشفوعة من البيع والهبة وغيرهما صحصة كتصرف المشتري شراء فاسدا ومع ذلك بقي للشفيع نقض هذه التصرفات فاجاب أن كل واحد منهما حق العبد وكل واحد من تصرف الشفيع والمشتري مشر وع غير موصوف بالفساد فلما استويا في هذين الوصفين ترجح حق

لتخصيصهما في عود الاسترداد فانه ثابت في جميع الصور اذا نقض التصرفات حتى لو رد المبيع بعيب قبل القضاء بالقيمة أو رجوع الواهب في هبته عاد للبائع ولاية الاسترداد لعود قديم ملكه اليه ثم عود حق الاسترداد في جميع الصور انما يكون اذا لم يقض على المشتري بالقيمة وأما اذا كان بعد القضاء بذلك فقد تحول الحق الى القيمة فلا يعود الى العين كما اذا قضى على الغائب بقيمة الغصب الا بقى ثم عاد

(قوله لانه عند صحة الاخذ الخ) أقول الكلام في صحة الاخذ بعد ما تعلق بالدار حق الغير والظاهر أن لعزل الرهن سبب في حق الشفيع كما سيأتي في كتاب الشفعة (قوله على مامر) فانه من قوله لتعلق حق العبد) أقول والاولى أن يجعل قوله على مامر إشارة الى الادلة الثلاثة التي ذكرها المصنف آنفا

الآفة يعود حق الاسترداد بحجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع وهذا بخلاف الاجارة لانها تفسخ بالاخذ
ورفع الفساد ذر ولائها تنعقد شيئاً فشيئاً فيكون الردام متناعاً

العبد فينقطع حق الاسترداد فتلزمه القيمة (الآفة يعود بحجز المكاتب وفك الرهن) ولا فائدة في تخصيصهما
بذلك بل يعود حق الاسترداد في المبيع والهبة اذا انتقضت هذه التصرفات كالرد بالعيب والرجوع في الهبة ولو
بغير قضاء لانه عاد الى قديم ملكه ثم حق الاسترداد انما يعود اذا لم يقض بالقيمة على المشتري فان قضى بها عليه
ثم عاد الى ملكه ليس للبائع أن يسترده لتحول حقه من العين الى القيمة كالعبد المصوب اذا ابقى ففقد على
الغاصب بقرينة ثم يرجع ليس لملكه ان يرد له ما كان له من القيمة (وهذا بخلاف الاجارة) فانه اذا أبحر المشتري شراء
فساد لا ينقطع به حق الاسترداد (لان الاجارة تفسخ بالاخذ وورفع الفساد عذر لان الاجارة تنعقد شيئاً فشيئاً
فيكون) الاسترداد بالاضافة الى المنافع التي لم تحدث (امتناعاً) عن العدة عليها والسكاح كالاجارة لانه قد
على منفعة فاذا روج المشتري الحار ية المشتري شراء فاسداً كان للبائع أن يسترده لان حق الزوج في المنفعة
لا يمنع حق البائع في الرقبة ولا يلا يفوته ملك المنفعة فان مع الاسترداد ان كان فائداً كل وزوجها البائع نعم نصير
بحاله منعها وعدم تبوئها معه بيتاً غير انه اذا طر به باله وطوها ولو قطعت يد العبد المشتري شراء فاسداً
وأخذ المشتري الارش أو ولدت الجارية وتوخذ بموجب ذلك للبائع الفسخ ويرد الزيادة عليه ولو قطع الثوب
وخاطه أو بطنه وحشاه انقطع الاسترداد كفي الغصب ولو صبغ فمحمدرجه الله بخير البائع بن أخذ واعطاء
ما زاد الصبغ فيسبوتر كسوتين قيمته كالغصب والحاصل أن كل تصرف لوفعله الغاصب انقطع به حق
المالك اذا فعله المشتري انقطع به حق الاسترداد للبائع وذكر الكرخي أن الصبغ بالصفرة يمنع الاسترداد
وعن محمديه كالغصب ولا يمنع الاسترداد بموت المشتري فيسترد البائع من الوارث ولا بموت البائع فيسترد وارثه
من المشتري وزيادة المشتري شراء فاسداً لا تمنع الاسترداد الا اذا كانت بفعل المشتري كالخطاطة والصبغ
ونقصانه بفعل المشتري أو بفعله في نفسه أو بآفته سواء لا تمنع فيسترده البائع مع أرش النقصان وليس له
أن يتركه عليه ويضمنه تمام القيمة وان كان بفعل أجنبي فله أن يأخذ الارش من المشتري وان شاء أخذه
من الجاني وفي قتل الاجنبي ليس له تضمين الجاني ولو وطئ المشتري الجارية لا يتمتع الرد منه ولا الاسترداد من

الشفيع لمعنيين أحدهما أن حق الشفيع مقدم بالترجيح السابق والثاني أن هذه التصرفات التي وجدت
من المشتري في الدار المشفوعة ما وجدت بتسليط من الشفيع حتى يقال بان في نقضها سعي في نقض ماتم من
جهة بخلاف المبيع يباع فاسداً فان تصرف المشتري هناك وجد بتسليط من البائع فلا يجوز له نقض تصرفات
المشتري منه اذ لو جاز يلزم السعي في نقض ماتم من جهة وفي الذخيرة لان التسليط انما يثبت بالاذن نصاً أو
بإثبات الملك للتصرف ولم يوجد واحد منهما من الشفيع فان قيل في نقض المبيع الاول أيضاً سعي في نقض
ماتم من جهة قلنا ذلك باعتبار رفع الفساد لا باعتبار نقض ماتم من جهة فلما باع المشتري شراء فاسداً جعل
ذلك العين غير ذلك العين لان تبدل الاسباب ينزل منزلة تبدل الاعيان فلم يبق له حق الاسترداد بعد ذلك اذ لو
بقى له حق الاسترداد يكون منه السعي في نقض ماتم من جهة خالص المالك ان المبيع الثاني صحيح ولا فساد فيه حتى
يحال تمكن الاسترداد منه الى رفع الفساد بخلاف المبيع الاول (قوله الآفة يعود حق الاسترداد بحجز
المكاتب وفك الرهن لزوال المانع) وهذا انما يكون أن لو كان بحجز المكاتب وفك الرهن قبل قضاء القاضى
بالقيمة وكذا لو رجع في الهبة بقضاء القاضى أو بدونه أو رد عليه بالعيب في المبيع قبل أن يقضى القاضى
عليه بالقيمة يعود حق الاسترداد للبائع وان كان بعد قضاء القاضى فقد تحول الحق الى القيمة فلا يعود الى
العين بعد ذلك كولو أبق المصوب ففقد القاضى بالقيمة ثم ذكر في المبسوط (قوله وهذا بخلاف الاجارة
لانها تفسخ بالاخذ) ولم يذكر محمدرجه الله من يفسخ الاجارة وذكر في النوادر أن القاضى هو الذي يفسخ
والترجيح يشبه الاجارة لو رده على المنفعة والمبيع يرد على ملك الرقبة والفسخ يرد على ملك الرقبة أيضاً فاعتاق

(قوله وهذا) أى انقطاع
الاسترداد بالتصرفات
المذكورة (بخلاف الاجارة)
فان حق الاسترداد فيها
لا ينقطع اذ كرنا (انها
تفسخ بالاخذ) ورفع
الفساد من أقوى الاعذار
ولا يمانها تنعقد شيئاً فشيئاً
فيكون الردام متناعاً (ولعل في
الجوابين اشارة الى المذهبين
فيها

قال (وليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى رد الثمن) قال في النهاية أي القيمة التي أخذها من المشتري وليس بواضح بل المراد به ما أخذته البائع في مقابلته المبيع عرضا كان أو نقدا ثمنا كان أو قيمة وهذا الحكم ثابت في الاجارة الفاسدة أيضا وغيرهما فيصير المبيع بمجوسا بالمقبوض) فمكانه ولاية أن لا يدفع المبيع الى أن يأخذ الثمن من البائع كفي الرهن (١٠١) لكنه يفارق من وجه آخر وهو

ان الرهن مضمون بقدر الدين لا غير وهذا المبيع مضمون بجميع قيمته كما في الغصب (وان مات البائع فالمشتري أحق به حتى يستوفي الثمن لانه يقدم عليه حال حياته) لما تقدم من ان للمشتري حق منع البائع من البيع الى أن يأخذ ما أدى اليه وكل من يقدم عليه حال حياته يقدم على غرمائه وورثته بعد وفاته كالرهن فان الراهن اذا مات وله ورثة وغرماء فالرهن أحق بازهر من الورثة وغرماء حتى يستوفي الدين (ثم ان كانت دراهم الثمن فائضا يأخذها بغيرها لانها فيه) (تتبعين) بالتعيين على رواية أبي سليمان (وهو الاصح) وعلى رواية أبي حفص لا تتعين والقبض الفاسد وهو بيع دراهم بدرهم الى أجل في تعيين المقبوض للردي على الراهن وجه رواية أبي حفص الاعتبار بالبيع الصحيح ووجه رواية أبي سليمان ما ذكره المصنف أن الثمن في يد البائع بمنزلة المغصوب في كونها مقبوضين لاعتلى وجه مشروع وقيل في حكم لنقض والاسترداد والدرهم

قال (وليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى رد الثمن) لان المبيع مقابل به فيصير بمجوسا به كالرهن (وان مات البائع فالمشتري أحق به حتى يستوفي الثمن) لانه يقدم عليه في حياته فكذلك على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالرهن ثم ان كانت دراهم الثمن فائضا يأخذها بغيرها لانها فيه في البيع الفاسد وهو الاصح

البائع فلوردا واسترد له العقر للبائع امانا تلغها ضمن قيمتها (قوله) وليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى رد الثمن) قيل يبنى القيمة التي أخذها من المشتري وليس بالزمن بل قد يكون ذلك أو الثمن الذي نرضى عليه كيف كان ايسر له أخذه حتى رد ما أخذ (لان المبيع مقابل به فيصير بمجوسا به كالرهن) وعلى هذا الاجارة الفاسدة والرهن الفاسد والقرض الفاسد اعتبارا بالاعتقاد الجائر اذا تفاخضا فلا مساس أن يحبس ما استأجره حتى يأخذ الاجرة التي دفعها للعجز وحر وكذا المرتهن حتى يقبض الدين لان هذه عقود معاوضة فيجب التسوية بين البدين (ولو مات البائع) يبيع فاسدا أو المؤجر اجارة فاسدة أو الزاهر أو المقرض كذلك فالذي في يده المبيع أو الرهن أحق بثمنه من غرماء الميت (لانه مقدم عليه في حياته فكذلك على ورثته وغرمائه بعد وفاته) الا أن الرهن مضمون بقدر الدين والمشتري به لمر ما أعطى فافضل للغيراء بخلاف ما اذا مات المصيل وعليه دين ولم يقبض المحتال الدين أو الولد يعتن من المحتال عليه فإنه لا يختص بالمحتال بدين الحوالة أو الولد مع أن دين المصيل صار مشغولا بحق المحتال كفي الرهن لان الاختصاص انما يوجب ثبوت الحق مع اليد لا مجرد الحق ولا بد للجهل (ثم ان كانت دراهم الثمن) التي دفعها (فائضا يأخذها) المشتري (وبغيرها لانها فيه) في البيع الفاسد وهو الاصح) خلافا لما ذكرنا من نقص أنها لا تتعين كفي البيع الصحيح وهو رواية كتاب الصرف ورواية أبي سليمان تتعين وهو الاصح اكن سبب ما يقوى رواية أبي حفص (لان البيع الفاسد بمنزلة الغصب) والثمن في يد البائع بمنزلة المغصوب (وان كانت ستملكة) قال المصنف رحمه الله تعالى له أخذ مثلها وكذا ذكر قاضيان وذكري في الفوائد الفقهية ونظر الاسلاء وجماعة من شروح الجامع الصغير انه يباع المبيع لحق المشتري فان فضل شيء دفعه يصرف الى الغرماء ولا شك أنه غير لازم لان الواجب له

حق الزوج بالمعونة لا يمنع الفسخ على الرقبة والنكاح على حاله قائم كذا في الخبر والاباض (قوله) وليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى رد الثمن) وذكري الامام الترمذي رحمه الله اذا اشترى عديعا فاسدا أو استأجره اجارة فاسدة ونقد الثمن والاجرة أو ارتهن رهنا فاسدا أو أقرضه قرضا فاسدا أو أخذ به رهنا فله أن يحبس ما اشترى وما استأجره وما ارتهن حتى يقبض ما تقدم اعتبارا بالاعتقاد الجائر اذا تفاخضا لان هذه عقود معاوضة توجب التسوية بين البدين فان مات البائع أو المؤجر أو الراهن أو المستقرض فالذي في يده العبد والرهن أحق بثمنه من غرماء الميت بخلاف ما اذا مات المصيل وعليه دين ولم يكن قبض المحتال له الدين أو الولد يعتن من المحتال عليه حيث لا يختص بالمحتال بدين الحوالة أو الولد يعتن فان قبل دين المصيل على المحتال عليه صار مشغولا بحق المحتال له فيجب أن يكون المحتال له أخص به كفي الرهن قلنا مجرد الحق بدون ثبوت اليد لا يوجب الاختصاص كلما ذن اذا الحقه دين يعلق حق صاحب الدين برقبته وكسبه ثم لو لحقه دين آخر كان رقبته وكسبه بين الكل بالخصص (قوله) فيصير بمجوسا به أي بالثمن كالرهن يصير بمجوسا بالدين الآن الرهن مضمون باقل من قيمته ومن الدين وهذا المبيع مضمون بجميع قيمته كفي الغصب (قوله) وهو الاصح احتراز عن رواية أبي حفص رحمه الله قال الامام الترمذي رحمه الله ذكر بكر رحمه الله فان كان المقنود

المغصوبة تتعين للردي بغير دعائها اذا كانت قائمة

(قوله بل المراد به ما أخذته البائع في مقابلته المبيع عرضا كان أو نقدا ثمنا كان أو قيمة) أقول في بحث (قوله) والقبض الفاسد الى قوله على (الروايتين) أقول قوله والقرض مبتدأ وقوله على الروايتين خبره

(وان كانت مستهلكة أخذتم لها ما بيننا) أنه بمنزلة المغصوب والحكم فيه كذلك وكذا في الفوائد الظهيرة أن المبيع يباع لحق المشتري فان فضل شيء يصرف الى الغرماء كافي ببيع الرهن بالدين قال (ومن باع دارا يباع فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد ينقض البناء وترد الدار) وكذا اذا اشترى أرضا وغرس فيها وذ كرفي الايضاح أن قول أبي يوسف هذا هو قوله الاول وقوله آخر اجمع أبي حنيفة (لهما أن حق (١٠٢) الشفيع أضعف من حق البائع لانه يحتاج فيه الى القضاء) أو الرضا (ويبطل

لانه بمنزلة الغصب وان كانت مستهلكة أخذتم لها ما بيننا قال (ومن باع دارا يباع فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها) عند أبي حنيفة ترجمه الله واه يعقوب عنه في الجامع الصغير ثم تك بعد ذلك في الرواية (وقال لا ينقض البناء وترد الدار) والغرس على هذا الاختلاف لهما أن حق الشفيع أضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتأخير بخلاف حق البائع ثم أضعف الحقين لا يبطل بالبناء فأقواهما أولى وله أن البناء والغرس مما يقصده الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يبطل بهما المشتري وبيعه فكذلك بينا أنه بعد الاستهلاك مثل حق المستهلك وهو الدراهم (قوله ومن باع دارا يباع فاسدا فبناها المشتري) أو غرس فيها أشجارا (فعليه قيمتها) وانقطع حق البائع في استردادها بالبناء والغرس (وقال أبو يوسف ومحمد ينقض البناء) ويقع الغرس (واسترد الدار لهما أن حق الشفيع) في الدار التي يستحق فيها الشفعة (أضعف من حق البائع) يباع فاسدا في الاسترداد بدليل أنه (يحتاج) في ثبوت الملكة في الدار (الى القضاء ويبطل بالتأخير) بعد العلم ولا يورث حق هذا البائع في الاسترداد لا يتوقف على قضاء ولا يبطل بالتأخير ويثبت لورثته (و) الاتفاق على أن (حق الشفعة لا ينفذ ولا يبطل بالبناء) والغرس (فأقواهما) وهو حق البائع (أولى) أن لا يبطل بهما فيثبت بدلالة ثبوته (ولابي حنيفة أن البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط البائع فينقطع) به (حق الاسترداد كالبيع) والله تعالى بخلاف حق الشفيع (فانه) وان كان أضعف (لم يوجد) ما يبطله وهو تسليطه على الفعل أعني البناء فيعمل بمقتضاه وهو النقص والقلع (ولهذا لا يبطل بالبيع والهبة) أيضا بل يأخذها من يد المشتري الثاني بالشفعة لان المبيع ليس بتسليط منه وهذه المسئلة من المسائل التي أنكر فيها أبو يوسف الرواية لمحمد على الوجه المذكور في الجامع فأما هل يتعين على رواية أبي حفص رحمه الله لا وعلى رواية أبي سليمان رحمه الله يتعين وعلى هذا يجب أن يكون المقبوض بقرض فاسد وكذا لو باع دراهم بدرهم الى أجل فهو فاسد على الروايتين وذ كرفي الله في الجامع الدراهم في البيع الفاسد ما تمعّن اذا تمعّن اذا كان المبيع الفاسد صريحا وان لم يكن صريحا لا تمعّن (قوله لانه بمنزلة المغصوب) أي الثمن في يد البائع بمنزلة المغصوب (قوله ما بيننا) اشارة الى أنه بمنزلة المغصوب والحكم في المغصوب كذلك (قوله حق الشفيع أضعف) فلها يحتاج الى الرضا أو القضاء ولا يورث بخلاف حق البائع ولهذا يثبت حق البائع في الاسترداد من غير قضاء ولا رضا للمشتري ويورث هذا الحق لا يورث حق الشفعة وكذا حق البائع انضم اليه حق الشرع حتى يجب عليه ما ينقض هذا البيع ولا يجب على الشفيع الاخذ بالشفعة ثم ينقض بناء المشتري لحق الشفيع فلحق البائع أولى ولا يبي حنيفة ترجمه الله أن البناء والغرس مما يقصده الدوام اذا البناء ليس للنقص والغرس ليس للقطع والمشتري يتضرر بنقص البناء والغرس تضرا بلا جائر والبائع يتضرر مع جائز مع أنه حصل بتسليطه فكان رعاية حق المشتري أولى فينقطع للبائع حق الاسترداد كولو باعه المشتري ببيع صحيح بخلاف الشفيع لانه لم يحصل البناء بتسليط الشفيع فان قبل اذا نقض البناء أو الغرس على تقدير الاخذ بالشفعة يجب أن يعود حق البائع في الاسترداد

بالتأخير) ولا يورث (بخلاف حق البائع) فانه لا يحتاج الى ذلك وقد تقدم أن البائع يباع فاسدا اذا مات كان لورثته الاسترداد والاضعف اذا لم يبطل شيء فالأقوى لا يبطل به وهو بديمى وحق الشفيع لا يبطل بالبناء والغرس لحق البائع كذلك (ولابي حنيفة أن البناء والغرس حصل للمشتري بتسليط من جهة البائع وكل ما هو كذلك (ينقطع به حق الاسترداد كالبيع) الحاصل من المشتري (بخلاف الشفيع) اذا تسليط لم يوجد منه) ولهذا ولو وهبها المشتري لم يبطل حق الشفيع وكذا لو باعها من آخر فانه يأخذ بالشفعة بالبيع الثاني بالثمن أو بالاول بالقيمة وان كان لا شفعة في البيع الفاسد لان حق البائع قد انقطع ههنا وعلى هذا صار حق الشفيع لعدم التسليط منه أقوى من حق البائع لوجوده منه وهذا التقرير يثبت أن قوله مما يقصد به الدوام لا مدخل له في الحجة قبل وانما أدخله فيها اشارة الى الاجتزاع عن الأجرة فان

البناء والغرس بالأجرة لا يقصد بهما الدوام واهله ذ كرفي لانه لم يقصد بهما الدوام أشبه وشك البيع فكان منهيا للملك فينقطع به حق الاسترداد كالبيع واذا ثبت هذا كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة لا بقطع حق البائع في الاسترداد بالبناء لصيرورته حينئذ بمنزلة البيع الصحيح فينقض الشفيع بناء المشتري واعتراض بانه اذاوجب نقض البناء لحق الشفيع وفي تقرير العقد الفاسد وجب نقضه لحق البائع بالطريق الاولى لان فيه اعدام الفاسد واذا توهم ما ذ كرفي ليس بوارد اذا البائع مسلط دون الشفيع ولا يلزم من نقضه لمن ليس بمسلط نقضه لمسلط فانتفت الاولوية وبطلت المسألة وتعرض أيضا بانه اذا نقض البناء لحق الشفيع وجب عود حق البائع في

الاسترداد لوجود المقتضى وهو العقد الفاسد وانتفاء المانع وهو البناء كما اذا باع المشتري شراء فاسدا بغير علمه عليه المبيع بما هو قبيح وأوجب
وجود مانع آخر مانع من الاسترداد انما ينتفى بعد ثبوت الملك للشفيع وأنه مانع آخر من الاسترداد وهذا لان النقص انما وجب ضرورة
أبقاء حق الشفيع فصار النقص مقتضى صحة التسليم الى الشفيع فلم يجز أن يثبت المقتضى على وجه يبطل به المقتضى وهو التسليم الى الشفيع
وروى وجوب القيمة في هذه المسئلة عن أبي حنيفة ويعقوب ورجع الله ثم شك (١٠٣) بعد ذلك في حفظ الرواية عن أبي حنيفة

لا في مذهبه والدليل على

أن مذهبه ذلك تنصيص

بمجرد رجوع الله على الاختلاف

في كتاب الشفعة أن عند أبي

حنيفة للشفيع الشفعة في

هذه الدار التي اشترها

المشتري شراء فاسدا وبني

فيها أو غرس وعندهما

لا شفعة للشفيع فيها وحق

استحقاق الشفعة مبني على

انقطاع حق البائع في

الاسترداد بالبناء والغرس

وثبوتة مختلف فيه فن قال

بشبوته قال بانقطاع حق

البائع ومن قال بانتفائه قال

بعدم انقطاع حق البائع

لان وجود المزمور بدون

لازمه محال وعلى هذا فن

حفظ مذهب أبي حنيفة

في ثبوت الشفعة لا يشك في

مذهبه في انقطاع حق

البائع في الاسترداد فلم يبق

الشك الا في روايته عن محمد

ورجعه الله قال شمس الأئمة

المرحوم في هذه المسئلة هي

المسئلة الثالثة التي حوت

المهاورة فيها بين أبي يوسف

ومحمد قال أبو يوسف

ما روي عن أبي حنيفة أنه

ياخذ قيمتها وانما روي ذلك

أن ينقص البناء وقال محمد

وشك يعقوب في حفظ الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله وقد نص محمد على الاختلاف في كتاب الشفعة فان حق
الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوتة على الاختلاف

فقول المصنف (وشك يعقوب رحمه الله في حفظ الرواية عن أبي حنيفة) بذلك قالوا انه شك في حفظ الرواية
عنه لا في مذهبه يعني أن مذهبه معروف أنه لا ينقص البناء ولكن يجب القيمة على المشتري (فان محمد انص
على) هذا (الاختلاف في كتاب الشفعة) فانه قال اذ انبنى في الدار المشتراة فاسدا فالشفيع الشفعة عند
أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا شفعة فهذا دليل على أن الرواية عن أبي حنيفة ثابتة لان حق الشفعة في الدار
المبيعة بيعا فاسدا مبني على انقطاع حق البائع في الاسترداد فلا يولاه بانقطاع حق الاسترداد بالبناء لم يوجب
الشفعة فيها غير أن حكاية شمس الأئمة قول أبي يوسف لمحمد ما روي لك عن أبي حنيفة أنه ياخذ قيمتها وانما
روي لك أنه ينقص البناء فقال بل روي لك أن ياخذ قيمتها صريح في الانكار لا في الشك وصريح في أنه
ينقل عن أبي حنيفة ما وافق مذهبهما وعدم الخلاف وقول المصنف (فان حق الشفعة مبني على انقطاع حق
البائع بالبناء وثبوتة على الاختلاف) معناه أن حق الشفعة وجودا وعدمه مبني على انقطاع حق البائع
بالبناء وجودا وعدمه فلو جرد مبني على عدمه وعدمه مبني على وجوده وعلى هذا فثبت على الاختلاف بالجر
وجاء من الشارحين قالوا وثبوتة بالرفع مبتدأ وعلى الاختلاف خبره وهو عطف على مبني والمعنى ثبوت حق
الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوت حق الشفعة على الخلاف فعنده يثبت حق الشفعة فهو قائل
بأنه ينقطع وعندهما لا يثبت حق الشفعة فيثبت حق الاسترداد والا قرب أن الأوجه ثبوتة بثبوت انقطاع
حق البائع في الاسترداد والمعنى حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوت انقطاعه به على
الخلاف عندهما لا ينقطع فله القلع والهدم وعنده ينقطع فلا يستردوا فتفت الروايات ان طلب حق الشفعة
في البيع الفاسد يعتبر وقت انقطاع حق البائع لا وقت الشراء أو ورد على أبي حنيفة لما وجب نقضهما لحق
الشفيع وفيه تقرير للفساد فاولى أن يجب نقضهما لحق البائع وهو أقوى وفيه اعدام الفساد أوجب بجمع
الملازمة فان البائع كان ولا جناية من الشفيع فلا يلزم من النقص لاجل من لا جناية منه النقص لمن جني
فان قيل اذ انقض البناء والغرس لاجل الشفيع ينبغي أن يعود حق البائع في الاسترداد كما اذا فسح البيع عن
العبد أوجب بان المانع من الاسترداد انما يزول بعدم ملك الشفيع فيثبت حق نقض البناء والغرس حكما
للك هذا وقولهما أوجه لان قول أبي حنيفة ان البناء مما يقصده الدوام يمنع لا اتفاق في الاجارة على

لزوال المانع كما اذا باع المشتري بغير علمه ثم انتقض البيع بما هو نقص من كل وجه فلنا المانع من
الاسترداد يزول بعد ثبوت الملك للشفيع وملك الغير مانع عود حقه كملك المشتري الثاني ألا ترى أن المشتري لو
باعها ينقص الشفيع البيع الثاني ولا يعود حق البائع في الاسترداد لان نقض البناء انما وجب ضرورة بقاء
حق الشفيع فلو عاد حق البائع به لصار عا ئدا على موضوعه بالنقص لانه صار نقض البناء للشفيع ليكون له لا
لان لا يكون له ولان النقص مقتضى صحة التسليم الى الشفيع فلم يجز أن يثبت المقتضى من انقض المانع مقتضى وهو
التسليم الى الشفيع (قوله وشك يعقوب رحمه الله في حفظ الرواية) يعني شك أنه هل سمع من أبي حنيفة

بل روي عنه أنه ياخذ قيمتها وهذا كما تروى بشرا إلى أن الشك كان في الرواية حيث لم يقل مذهبه أبي حنيفة كذا وانما قال ما روي وثبه
تأمل ولما كان هذا الموضوع محتاجا إلى تأكيد ذكر المصنف قوله (شك يعقوب في الرواية) وفي كلامه نوع انغلاق لانه قال واه يعقوب عنه
في الجامع الصغير والرواية في الجامع الصغير عنه محمد لانه تصنيفه الا اذا اراد بالجامع الصغير المسائل الذي واه يعقوب عن أبي حنيفة لمحمد

(قوله وفيه تأمل) أقول لانه انما قال ما روي لان النزاع كان في الرواية لا في المذهب فيجوز أن يكون الشك في المذهب أيضا بل لا يبعد أن يقال
ذاك هو الظاهر ثم قوله (ما روي) صريح في نفي الرواية لا في الشك فيها الا أن يراد بالشك خلاف اليقين مطلقا

قال (ومن اشترى جارية ببيع فاسد او تقاضا) اعلم ان الاموال على نوعين نوع لا يتعين في العقد كالدرهم والدنانير ونوع يتعين كالحب والخبث
أيضا على نوعين خبث لفساد الملك وخبث لعدم الملك فالأول فانه يؤثر فيما يتعين دون ما لا يتعين والثاني يؤثر فيما

قال (ومن اشترى جارية ببيع فاسد او تقاضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح ويطلب للبائع ما ربح في الثمن)
والفرق أن الجارية بما يتعين فيتعلق العقد بما فيه يمكن الخبث في الربح والدرهم والدنانير

ايجاب القلع فظهر أنه قد راد البقاء وقد لا فان قال المسـ متاجر يعلم أنه يكلف القلع ففعله مع ذلك دليل
على أنه لم يرد البقاء قلنا المشتري شراء فاسدا أيضا يكلف القلع عندنا وقولنا كمال يلزم ذلك محل النزاع
فأقل الأمر أن يعلم الخلاف ويجوز أن يكلف النقص ففعله مع ذلك دليل قصده عدم البقاء لا المدمة
وأما دليل بعضهم له بأنه اتصل به حق العبد فصار كالبيع فبيع من الصواب لأن ذلك فيما اذا
كان العبد عبدا آخر اشتراه من اشتراه شراء فاسدا وقبل الهبة فيه بطريق صحيح وما نحن فيه نفس
العائد الجاني بعده هو الذي بنى فلا يستحق بجنائسه وفعله المقر لمعصيته أن يقطع حق القاصد
للتوبة وهو في الحقيقة حق الله تعالى بخلاف ما اذا اتصل به حق من لا جنائية منه فانه جـل وعلا أن
في تقديم حقه (قوله ومن اشترى جارية ببيع فاسد او تقاضا فباعها) المشتري (وربح فيها تصدق
بالربح ويطلب للبائع ما ربح في الثمن) الذي قبضه من المشتري اذا عمل فربح والاصل في هذا أن
المال نوعان نوع لا يتعين في عقود المعاوضات كالدرهم والدنانير ونوع يتعين وهو ما سواهما والخبث
نوعان خبث في البطل لعدم الملك في المبدل وخبث لفساد الملك فالخبث لعدم الملك يعمل في النوعين حتى
ان الغاصب أو المودع اذا تصرفا في المخصوص بالوديعة وهما معرض أو نقد أو دباض ما سماه وفضل
ربح وجب التصديق به عند أبي حنيفة ومحمد لانه بدل مال الغير فيما يتعين فيثبت فيه حقيقة الخبث وفيما
لا يتعين ان لم يكن ما اشتراه به بدل مال الغير لان العقد لا يتعلق به بل بثلثه في الذمة لكنه انما توسل الى الربح
بالمغصوب أو الوديعة فتمكن فيه شبهة الربح بحال الغير من حيث انه يتعاقب به سلامة المبيع ان نقد الدراهم
المغصوبة أو نقد الثمن ان أشار الى الدراهم المغصوبة وتقدم من غير هافيتصدق به لان الشبهة معتبرة
كالحقيقة في أبواب الربا والخبث لفساد الملك دون الخبث لعدم الملك فيوجب شبهة الخبث فيما يوجب فيه
عدم الملك حقيقة الخبث وهو ما يتعين كالجزئية في مسئلتنا وتعدى الى بدلها وشبهة الشبهة فيما يوجب
فيه عدم الملك للشبهة وهو ما لا يتعين وشبهة الشبهة غير معتبرة لأن اعتبار الشبهة خلاف الأصل بالنص
وهو نفيه عن الربا والبيدة فلا يتعدى والاعتبار ما دونها كشبهة الشبهة وهلم فينسب باب التجارة وهو
مفتوح فلذا قال بتصديق المشتري بالربح فيها ويطلب للبائع ما ربح في الثمن ولا شك أن هذا انما هو على

رحمة الله أنه ينقطع حق البائع ببناء المشتري في الشراء الفاسد أم لا ولم يشك في الاختلاف وقد نص بمحدرجه
أنه على الاختلاف في ثبوت الشفعة وثبوت حق الشفعة معني على انقطاع حق البائع في الاسترداد فيكون نصا
على الاختلاف في انقطاع حق البائع بالنماء لان التنصيص على الاختلاف في الفرع يكون تنصيصا على
الاختلاف في أصل ذلك الفرع (قوله والفرق أن الجارية بما يتعين) والأصل أن الخبث نوعان خبث لعدم
الملك ظاهر وخبث لفساد الملك والمال نوعان ما يتعين كالعرض وما لا يتعين كالنقد فالخبث لعدم
الملك يعمل في النوعين كالمودع والغاصب اذا تصرف في العروض والنقد وأدى ضمانه للمالك وفي الربح
يتصدق بالربح عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله لتعلق العقد بمال غيره ظاهر افما يتعين فيمكن حقيقة
الخبث وفيما لا يتعين يمكن شبهة الخبث لتعلق العقد به من حيث سلامة المبيع به أو نقد الثمن فصار ملك
الغير وسيلة الى الربح من وجه فيمكن فيه شبهة الخبث وأما الخبث لفساد الملك فيعمل فيما يتعين لا فيما لا
يتعين لان فساد الملك دون عدم الملك فينقلب حقيقة الخبث فيما يتعين ثم شبهة هذا فتعتبر وشبهته فيما لا يتعين

جميعا واذا ظهر هذا فن
أشترى جارية ببيع فاسدا
وتقاضا فباعها وربح فيها
تصدق بالربح وان اشترى
البائع بالثمن شيئا وربح فيه
طالب له الربح لان الجارية
بما يتعين بالتعيين فيتعلق
العقد به او يؤثر الخبث في
الربح والدرهم والدنانير
لا يتعينان فلم يتعلق العقد
الثاني بعينها فلم يؤثر الخبث
فيه لانه لفساد الملك لا لعدمه
ومعنى عدم التعيين في بانه
لو أشار اليها وقال اشتريت
منك هذا العبد بهذه
الدراهم كانه أن يتركها
ويُدفع الى البائع غيرها لما
ان الثمن يجب في ذمة المشتري
لا يتعلق بعين تلك الدراهم
المشار اليها في البيعة وهذا
انما يستقيم على الرواية
الصحيحة وهي انما لا يتعين
لأعلى الأصح وهي التي
تقدمت انما لا يتعين في
المبيع الفاسد لانها بمنزلة
المغصوب ومن غصب جارية
وباعها بعد ضمان قيمتها
فربح فيها أو غصب دراهم
وأدى ضمانها واشترى
بها شيئا وباعه وربح فيه
تصدق بالربح في الفصائل
عند أبي حنيفة ومحمد لان
الخبث لما كان لعدم الملك
أنه فيما يتعين وفيما لا يتعين
(قوله وهذا انما يستقيم
على الرواية الصحيحة وهي

انها لا يتعين الخ) أقول فيه بحث فان عدم التعيين سواء كان في الغصب أو في المبيع الفاسد انما هو في العقد الثاني لا يتعينان
ولا يضر تعينه في الأول فقوله انما يستقيم الخ فيه ما فيه (قوله لأعلى الأصح وهي التي تقدمت الخ) أقول يعني تقدم ذكرها لربقة تخمينيا بقوله ثم
اذا كانت دراهم الثمن فأنما يأخذها بعينها لانهم اتفقوا بتعيينها بالتعيين على رواية أبي سليمان وهو الأصح (قوله أن الخبث لما كان لعدم الملك الخ)

وقال أبو يوسف يطيب له الرجح لان شرط الطيب الضمان والغرض وجوده ولهما ان العقد يتعلق بما يتعين حقيقة لعدم جواز الاستبدال (وفيما لا يتعين شبهة من حيث سلامة المبيع أو تقدير الثمن) وبيانه انه اذا اشترى بها فلا يخلو ما ان أشار اليها أو قدمها أو أشار اليها أو قدم من غيرها فان كان الاول فقد تعلق به سلامة المبيع لانه هو الواقع ثمن وان كان الثاني فقد تعلق به من حيث تقدير الثمن والرجح في الاول حصل ذلك الغير من كل وجه وفي الثاني توسل اليه بمال الغير لان بيان جنس الثمن وقدره ووصفه أمر لا يدمنه لجواز العقد وذلك حصل بمال الغير فيجب التصديق بالرجح في الحقيقة والشبهة جميعا واذا كان الخبث لفساد الملك انقلب حقيقة الخبث وهي التي تكون فيما يتعين الى شبهة لان حصول الرجح لم يكن بماله ملك الغير من كل وجه بل بماله فيه شائبة ملك تنزل وشبهة الخبث وهي التي تكون فيما لا يتعين الى شبهة لان تعلق سلامة المبيع أو تقدير الثمن بالذين كانا شبهة خبث لحصولهما بمال الغير من كل وجه لم يبق كذلك بل بماله فيه شائبة ملك والشبهة هي المعتبرة لا النازل عنها قبل بالحديث وهو ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الرجح بالريبة والريبة هي الشبهة وهو دليل على أن الشبهة معتبرة وأما أن شبهة الشبهة غير معتبرة فليس فيه دلالة على ذلك بل على تقدير اختصاص الريبة (١٠٥) بالشبهة لا غير وأما اذا كان شبهة الشبهة أيضا داخله في الريبة فقد ثبت به خلاف المدعى والمعنى في ذلك أن شبهة الشبهة لو اعتبر لا غير مادونها أيضا دفعها الحكم لكن لا يصح اعتباره مثلا ينسب باب العبارة اذ قلما يخلو عن شبهة شبهة الشبهة فما دونها قال (وكذلك اذا ادعى الرجح) رجل قال لا خير لي عليك ألف درهم فاقضها فقضاها ثم تصادقانه لم يكن عليه شيء وقد تصرف فيها المدعى ورجح طلبة الرجح ولا يجب التصديق به لان الخبث فيه لفساد الملك لان الذين ثبت بالتسمية بدعوى المدعى وأداء المدعى عليه وملك ما قبضه بدلا عنه فكان تصرفه مصادفا للملكه لكن لما تصادقا أنه لم يكن استحق المبدل واستحقاق المبدل لا يخرج البديل عن الملك

لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصديق وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك أما الخبث لعدم الملك فعند أبي حنيفة ومحمد يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع أو تقدير الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها قال (وكذلك اذا ادعى على آخر مالا ففضاه باه ثم تصادقانه لم يكن عليه شيء وقد رجح المدعى في الدراهم يطيب له الرجح) لان الخبث لفساد الملك ههنا لان الدين وجب بالتسمية

الرواية القائلة انه لا تتعين النقود في البيع الفاسد ما على الرواية القائلة تتعين في حكم الرجح في النوعين كالغصب لا يطيب وقد ذكر المصنف ان رواية التبعين في البيع الفاسد هو الاصح فثبتت الاصح وجوب التصديق على البائع أيضا عار بجح الثمن غير أن هذه المسئلة بهذا التفصيل في طيب الرجح صريح في رواية في الجامع فان فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل اشترى من رجل جارية بدينار فباعها فسادا بالف وتقاها ورجح كل واحد منهما فباعها قبض قال يتصدق الذي قبض الجارية بدينار رجح ويطلب الرجح الذي قبض الدراهم وحينئذ فالاصح أن الدراهم لا تتعين في البيع الفاسد لا كما قال وقول المصنف (لا تتعين في العقود) أي عقود البياعات بخلاف ما سواه من الشركات والوديعات والغصب والشركة إنما يصح لو كان لفظ البياعات أو المعاوضات مذكورا للمصنف وليس كذلك وهذا التفصيل قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يطيب له الرجح مطلقا لأن عنده شرط الطيب الضمان وقد وجد وعند زفر والشافعي لا يطيب في الكل لان الدراهم والدنانير تتعين حتى لو اشترى بهذه الدراهم فهلكت بطل البيع عندهما كافي المبيع المعين وعندنا لا يعلو وليس له أن يحبسها أو يعطي مثلها عندهما (قوله وكذلك الرجح) قال في الجامع الصغير وكذلك لو ادعى على آخر مالا ففضاه ثم تصادقانه لم يكن له عليه شيء وقد رجح المدعى في الدراهم متى قبضها على أنها دينه (يطيب له الرجح) لان الخبث لفساد الملك ههنا لان الدين وجب بالتسمية أي بالاقرار ثم ينقلب شبهة الشبهة هنا فلا تعتبر وكذلك اذا ادعى على آخر مالا أي دراهم أو دنانير (قوله لان الدين وجب بالتسمية) أي بتصديقهما لان المرء مؤاخذا بقراره في الحكم فاذا تصادقا أن الدين لم يكن عليه صار بمنزلة ماله

(١٤ - فتح القدر والكفاية - سادس) لان بدل المستحق لم يولد له اذا كان ههنا يتعين كما اذا اشترى عبدا بدينار وبعثه فاستحققت الجارية فان العتق نافذ ولو لم يكن بدل المستحق لم يولد كالمائة ذل لا متناعه في غير الملك بالنص فاذا كان ما لا يتعين أولى لكنه يفسد الملك اذا الاستحقاق قصدا في مقابلة له لانه لو كان باطلا وخبث لفساد الملك لا يعمل فيما لا يتعين

أقول كتب في هامش هذا البحث ما هو هو رنه وقد استشكل قوله بعد ضمان قيمتها بان الكلام في الخبث لعدم الملك وان أدى الضمان فقد ملك على أصله ثم اذ رجح بعد ذلك لم يكن الخبث لعدم الملك والجواب أن التقدير ليس من أسباب الملك وانما ثبت الملك مستندا بالضمان وفي المستند شبهة لعدم وشبهة لعدم الحقيقة بحقيقة العدم فيما يمتنى على الشبهات وأصدق تبنى عليها فكان الحكم فيه حكم عدم الملك بالنسبة الى الرجح فالمالك بعد الضمان بقيد طيب المغيصوب لا يطيب الرجح الخاص من لانه بالنسبة اليه كالعدم اه ونحن نقول فعلى هذا يكون في رجح المغيصوب المضبوط شبهة الخبث وفي رجح الدرهم المغيصوب المضبوط شبهة الشبهة اذ على مقتضى تقريره يكون فيها شبهة الملك ولا ينفعه المبالغة التي ادعاه في الكلام حيث لا يخرج به الى الحقيقة فليست امل

ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوكاً فلا يعمل فيما لا ينبغي
 * (فصل فيما يكره) * قال (ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النخس) وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد
 الشراء ليرغب غيره وقال لا تناجشوا

عند دعواه المال (ثم استحق بالتصادق) فكان المقبوض بدل المستحق وهو الدين (وبدل المستحق
 مملوكاً) أي ملكاً فاسداً سواء كان عبداً أو ديناً أم عيناً فبدل لئلا ينشأ من اشتري عبداً بجارية أو ثوباً ثم أعتق
 العبد واستحق الجارية يصح عتق العبد فولم يكن بدل المستحق مملوكاً لم يصح العتق إذ لا عتق في غير الملك
 والعبد بدل الجارية المستحقة وإذا ملكه فاسداً فيما لا يتعين لا يعمل فيه خوفاً فطاب له الربح وفي الجامع الكبير
 لقاضي خان بدل المستحق مملوكاً بدليل ما لو حلف لا يفارق حتى يستوفي حقه فباعه المديون عبداً غيره بذلك
 الدين وقبضه ثم استحق العبد لا يحنث لأن المديون ملك ما في ذمته بهذا البيع فيكون مستوفياً حقه فلم يحنث
 وبين فساد الملك في بدل المستحق أنه إذا استحق المبدل يجب رده ولا يطل البيع فتمسك فيه شبهة عدم الملك
 ولو حصل الربح في دراهم غير مملوكة تملك فيه شبهة الخبث فإذا حصل من دراهم فيها شبهة عدم الملك كان فيه
 شبهة شبهة الخبث فلا تعبر وأعلم أن ملكه باعتباره زعمه أنه قبض الدراهم بدلا عما زعم أنه ملكه أم لو كان
 في أصل دعواه الدين منعه من ذلك فذهب إليه لا يملكه إلا لأنه متيقن أنه لا ملك له فيه وأنه أعلم

* (فصل فيما يكره) * لما كان دون الفاسد آخره عنه وليس المراد بكونه دونه في حكم المنع الشرعي بل في عدم
 فساد العقد والافهذه الكراهات كلها تحريم ولا يعلم خلافها في الآثم ومقتضى النظر عندى أن يكون على
 أصولنا الشراء على سوم الآخر بشرطه والحاضر للبدا في القحط والاضرار فاسداً وتلقى الجلب إذا ليس
 باطلاً أو يثبت له الخيار وهذا لأن النهي مطلق لا يحرر من الاضرار وهذه المعاني المذكورة سبباً للنهي تؤكد
 المنع لا تصرفه عنه فان في اعتراض الرجل على سوم الآخر بعد الركون وطيب نفس البائع بالمسمى إثارة
 للعدواة والبغضاء كالنحر والميسر فيحرم ذلك وشراء ما يجزى به في زمن الحاجة ليغالى على الناس ضرراً عام
 للمسلمين وأهل الذمة فيحرم وكذا البيع من القادمين مع حاجة المقيمين فإنه لم يرض بالثمن المذكور إلا على
 تقدير كونه سعر البلد فيجب أن يكون غير منقذ لدم الرضا به كقول مالك أو منقذاً ويثبت له خيار الفسخ
 كقول الشافعي وكون الوصف مجاوراً أو لازماً لا ينبغي ما ذكرنا إذا اصطلاحات لا تنفي المعاني الحقيقية
 المقتضية للبطلان أو الفساد على أن معنى الفساد ليس الاكون العدم مطلوب التفاضل للمعصية بمباشرة
 المنهى عنه وبذلك البدل منه بالقبض وناخر الملك إلى القبض ليس الا لجوب رفع المعصية برفعه ويجب في هذه
 المبيعات ذلك كما غير أنه لما كان المنع باخبار الأحاد الظنية سموه مكروهاً على اصطلاحنا ولما كان الركن
 وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي ثابتاً بعقلته فاسداً (قوله ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النخس
 وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره) بعد ما بلغت قيمتها فإنه تغرب للمسلم ظمها ما إذا لم
 تكن بلغت قيمتها زادت القيمة لا يريد الشراء بخلافه لأنه نفع مسلم من غير اضرار بغيره إذ كان شراء الغير
 بالقيمة (قال صلى الله عليه وسلم لا تناجشوا) في الصحيحين من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول
 الله صلى الله عليه وسلم قال لا تتلقى الركبان للبيوع ولا يبيع بعضكم على بيع بعض ولا تناجشوا ولا يبيع

استحق الدين فيفسد الملك في عوضه لأن بدل المستحق مملوكاً ملكاً فاسداً كالبائع أمه بالف وتعاوضاً
 فاستحق الأمانة كان الثمن مملوكاً للبائع ملكاً فاسداً ولو جوب رده عليه ولكن لا يطل فتمسك فيه شبهة
 عدم الملك ولو حصل الربح في دراهم غير مملوكة تملك فيه شبهة الخبث فإذا حصل من دراهم فيها شبهة
 عدم الملك كان فيه شبهة شبهة الخبث فلا تعبر والله أعلم بالصواب

* (فصل فيما يكره) * (قوله ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النخس) وهو يفتح ثوبين وروى
 بالسكون أن تستام السلعة باز يدمن ثمنها ولا تريد شراءها بل ليراك الآخر فيقع فيها وكذا في النكاح وغيره

* (فصل فيما يكره) * قبل
 المكروه أدنى درجة من
 الفاسد ولكن هو شبهة
 من شبهة فذلك ألحق به
 وأخر عنه ولعل تحقيق ذلك
 ما ذكر في أصول الفقه أن
 القبح إذا كان لا مرجح
 كان مكروهاً وإذا كان
 يوصف متصل كان فاسداً
 وقد قررنا في التقرير (ونهى
 رسول الله صلى الله عليه
 وسلم عن النخس) يفتح ثوبين
 (وهو أن يزيد الرجل في
 الثمن ولا يريد الشراء
 ليرغب غيره) ويجزى في
 النكاح وغيره حيث قال
 عليه الصلاة والسلام
 (لا تناجشوا) أي لا تفاخروا
 ذلك وسبب ذلك إيقاع
 رجل فيه باز يدمن الثمن
 وهو خداع والخداع قبيح
 جاور هذا البيع فكان
 مكروهاً وظاهر من هذا
 الراغب في السلعة إذا طلبها
 من صاحبها بانقص من ثمنها
 فزاد شخص لا يريد الشراء
 إلى ما بلغ تمام قيمتها لا يكون
 مكروهاً لا انتهاء الخداع
 * (فصل) * فيما يكره

(ونهى عن السوم على سوم غيره قال عليه الصلاة والسلام لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه) وهو نهي في معنى النهي فيعيد المشر وعية وصورته أن يستام الرجلان على الساعة والبائع والمشتري رضي بذلك ولم (١٠٧) بعد عقد البيع حتى دخل آخر

على سومه فإنه يجوز لكنه يكره لاشتماله على الإباح والاضرار وهما قبيحان يفتكان عن البيع فيمكن مكرها إذا جازع البائع إلى البيع بما طلب به الأول من الثمن وكذلك في النكاح أما إذا لم ينجح فلا بأس بذلك لأنه يبيع من يز يدوروى أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلسا يبيع من يز يدوروى وعن تلقى الجلب أى ونهى عليه الصلاة والسلام عن تلقى الجلب أى المجلوب وصورته لمصرى أخيه بمعنى قاطلة بيرة فتلقاهم واشترى الجميع وأدخله المصريه على ما أراه فذلك لا يتخلوا ما أن يضرباهل البلد أولا والثاني لا يتخلوا من أن يلبس السعر على الواردين أولا فان كان الاول بان كان أهل المصر في قطع وضيق فهو مكره باعتباره في الضيق المجاور المنفك وان كان الثاني فقد لبس السعر على الواردين فقد غرر وضرو وهو قبيح فيكره والا فلا بأس بذلك

قال المصنف والبيع عند أذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع) أقول قال الزيلعي وذكر في النهاية انهما إذا تبايعا وهما عريان فلا بأس به وعزاه

قال (وعن السوم على سوم غيره) قال عليه الصلاة والسلام لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه ولان في ذلك إباحا واضارا وهذا إذا تراضى المتعاقدان على مبلغ من المساومة فاما إذا لم يكن أحد هما إلى الآخر فهو بيع من يز يدورأبأس به على ما ذكره وما ذكرناه يحمل النهي في النكاح أيضا قال (وعن تلقى الجلب) وهذا إذا كان يضرباهل البلدان كان لا يضرب فلا بأس به الا إذا لبس السعر على الواردين حينئذ يكره لما فيه من الغرور والضرر قال (وعن يبيع الحاضر للبادي) فقد قال عليه الصلاة والسلام لا يبيع الحاضر للبادي وهذا إذا كان أهل البادية فقط وهو أن يبيع من أهل البدو طمعا في الثمن الغالى لما فيه من الاضرار بهم أما إذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر

حاضر لبادي والخش بفحشين و يروى بسكون الجسيم (قوله وعن السوم) أى ونهى عن السوم في حديث ابن عمر في الصحيحين في لفظ لا يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه الا أن يأذنه وفي الصحيحين من حديث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن تلقى الركبان الى أن قال وأن يستام الرجل على سوم أخيه وعرفت مشيره وهو ما فيه من الإباح والاضرار وشروطه وهو أن يراضيا بمن ويقع الركون به فيجىء أخرفيدفع للمالك أكثر أو مثله غير أنه رجل وجبه فيبيعه منه ولو جاهته وأما صورة البيع على بيع أخيه بأن يراضيا على ثمن سلعة فيجىء أخرفيقول أنا أبيعك مثل هذه السلعة بانقص من هذا الثمن فيضرب صاحب السلعة فظهر تصوير البيع على بيع أخيه والسوم على سوم أخيه والوارد فيه ما حد يشان فلا حاجة إلى جعل لفظ البيع في قوله صلى الله عليه وسلم لا يبيع أحدكم على بيع أخيه جامع للبيع والشراء مجازا لانما يحتاج إلى ذلك لولم يرد حديث الاستيام وكذا حمل في الخطبة فان لم يراضيا هو بيع من يز يدورأبأس به كما سنده ذكر (قوله وعن تلقى الجلب) في الصحيحين عن عبد الله بن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تلقى الركبان وان يبيع حاضر لباد قال لا يكون له سمسار والتلق صورته ان احدهما أن يتلقاهم المشترون لاطعامهم منهم في سنة حاجة لبيعه من أهل البلد بزيادة وثانية ما أن يشتري منهم بارخص من سعر البلد وهم لا يعلمون بالسعر ولا خلاف عند الشافعية أنه اذا خرج اليهم لذلك أنه يعصى أمالولم يقصد ذلك بل اتفق ان خرج فراهم فاشترى في معصيته قولان أظهرهما عندهم يعصى والوجه لا يعصى إذا لم يلبس وعندنا يحمل النهي اذا كان يضرباهل البلد وألبس أما إذا لم يلبس ولم يلبس فلا بأس (قوله وعن يبيع الحاضر للبادي) تقدم النهي عنه ويحمل النهي (اذا كان أهل البادية عوز) أى حاجة (أو قطع وهو يبيع من أهل البدو طمعا في الثمن الغالى) للاضرار بهم وهم جيرانه (أما إذا لم يكن كذلك فلا بأس لانعدام الضرر) وقال الحلاوتى هو أن يمنع السمسار الحاضر القروى من البيع ويقول له لا تبع أنت أنا أعلم بذلك منك فيتوكل له و يبيع ويغلى ولو تركه يبيع بنفسه لخص على الناس وفي بعض الطرق زاد قوله صلى الله عليه وسلم دعوا الناس برزق الله بعضهم من بعض وفي المجتبى هذا التفسير أصح ذكره في زاد الفقهاء لموافقة الحديث على هذا فتفسير ابن عباس بان لا يكون له سمسار ليس هو تفسير يبيع الحاضر للبادي وهو صورة النهي بل تفسير اضدها وهى الجارة فالمعنى أنه نهى عن بيع السمسار وتعرضه فكانه لما سئل عن لية نهى يبيع الحاضر للبادي قال المقصود أن لا يكون له سمسار انتهى عنه لاهمسار (قوله

ومنه الحديث نهى عن الخش ولا تناجشوا أى لا تتعاولوا ذلك كذا في المغرب قوله عليه السلام لا يستام نهى بصيغة النفي وهو بائع (قوله وعن تلقى الجلب) جلب الشيء جاء به من بلد إلى بلد للتجارة جلبا وجلبا المجلوب والمجلوب ومنه نهى عن تلقى الجلب كذا في المغرب (قوله وهو أن يبيع من أهل البدو طمعا في الثمن الغالى)

الى اصول الفقه لابي اليسر وهذا مشكل فان الله تعالى قد نهى عن البيع مطلقا فان ألقه في بعض الوجوه يكون تخصيصا وهو نسخ فلا يجوز لأى اه وفيه بحث

يفرق بينهما قبل البلوغ لقوله صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدته ولداه فرق الله بينهما وبين أحبته يوم القيامة (قوله وهب) معطوف على قوله عليه الصلاة والسلام من حيث المعنى لأن تقديره والاصل فيه ما قال عليه الصلاة والسلام وهب النبي صلى الله عليه وسلم لعل غلامين أخوه بن صغير بن ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بهت أحدهما فقال أدرك أدرك وروى ارداد دودو وجه الاستدلال بالاول هو الوعيد بالثاني تكرار الامر بالادراك والرد والوعيد جاء للتفريق والامر بالادراك على بيع أحدهما وهو تفريق ولم يتعرض للبيع فقلنا بكرة البيع لافضائه الى التفريق وهو مجاور ينفك عنه لجواز أن يقع ذلك بالهبة والمعنى المؤثر في ذلك استئناس الصغير بالصغير والكبير بالكبير للصغير وفي بيع أحدهما قطع الاستئناس والمنع من التعاقد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد وعد النبي صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدته ولداه فرق الله بينهما وبين أحبته يوم القيامة ان كان المراد بترك المرحمة تركها بالتفريق ويجوز أن يكون المراد في قطع الاستئناس والمنع من التعاقد ترك المرحمة وذلك متوعد بقوله عليه الصلاة والسلام من لم يرحم صغيرنا لم يرحمنا ثم المنع عن التفريق انما هو باعتبار استئناس وتعاقد يحصل بالقرابة المحرمة للنكاح بان يكون أحدهما ذارحم محرم من الآخر (١٠٩) كما ذكرنا في صدر الكلام بلا ضرر للمولى أو الصغير قصدا فلا

والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدته ولداه فرق الله بينهما وبين أحبته يوم القيامة وهب النبي صلى الله عليه وسلم لعل غلامين أخوه بن صغير بن ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بهت ينظر في الوصية الى جواز أن يتأخر الموت الى انقضاء زمان القريم لان ذلك موهوم (والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم) فيبار واه الترمذي عن أي أبواب الانصارى رضى الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول (من فرق بين والدته ولداه فرق الله بينهما وبين أحبته يوم القيامة) وقال حديث حسن غريب وصححه الحاكم على شرط مسلم ونظر فيه فان فيه محيى بن عبد الله لم يخرج له في الصحيح واختلف فيه ولا اختلاف فيه لم يصححه الترمذي ورواه أحمد بقصة وروى الحاكم في المستدرک عن عمران بن حصين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ملعون من فرق بين والدته ولداه وقال اسناده صحيح وفيه طلاق بن محمد تارة ورويه عنه عن عمران بن حصين وتارة عنه عن أبي بردة وتارة عن طليق عن النبي صلى الله عليه وسلم مراسلا قال الدارقطني وهو المحفوظ وقول ابن القطان لا يصح لان طليقا لا يعرف حاله يريد خصوص ذلك والافالحديث له طرق كثيرة وشهرة والفاظ توجب صحة المعنى المشترك فيه وهو منع التفريق الا في سوقها طولا علينا وأما حديث علي رضى الله عنه فاخرجه الترمذي وابن ماجه من حديث الجراح بن اوطاة عن الحكم بن عيينة عن ميمون بن أبي شبيب عن علي رضى الله عنه قال وهب لي رسول الله صلى الله عليه وسلم غلامين أخوين فبعتهما أحدهما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا علي ما فعل غلامك فاخبرته فقال رده رده قال الترمذي حديث حسن غريب وتعقبه ابوداود وابن ميمون لم يدرك عليا وهو على طريقهم من أن المرسل من أقسام الضعيف وعندنا ليس كذلك وأخرجه الحاكم والدارقطني من طريق آخر عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن علي رضى الله عنه قال قدم علي النبي صلى الله عليه وسلم سبي فامرني ببيع أخوين فبعتهما وفرقت بينهما ثم أثبت النبي صلى الله عليه وسلم فاخبرته فقال أدركهما فارتجعهما وبعهما جميعا فلا تفريق بينهما وصححه الحاكم على بركن أحدهما الى الآخر فهو بيع من يزيد (قوله ما فعل الغلامان) أي ما حالهما وقوله وروى ارداد

للكاح ثم قال لان النص ورد بخلاف القياس وما كان كذلك لا يكون معلولا لبقاء التناقض والجواب ما أشرنا اليه في تفسير كلامه ان مناط حكم المنع عن التفريق انما هو استئناس وتعاقد يحصل بالقرابة المحرمة للنكاح بدون ضرر للمولى أو الصغير قصدا فهو بيان لما عسى يجوز به الحاق الغير بالدلالة اذا ساواه لبيان الوصف الجامع بين المقيس والمقيس عليه فلا تناقض بين قوله معلول على هذا التفسير وبين قوله ورد بخلاف القياس واذا ظهر هذا تبين انه ليس في القرابة المحرمة ولا ما فيه ضرر ما يساوي القرابة المحرمة للنكاح ولا ضرر فيه حتى يلحقهما فلا يرد ما قبل في الكتب لو كان منع التفريق معلولا بالقرابة المحرمة

(قوله لقوله عليه الصلاة والسلام من فرق بين والدته ولداه فرق الله بينهما وبين أحبته يوم القيامة) أقول قوله فرق الله فرق الله بغير أن يكون دعاء على من فرق بين والدته ولداه ويجوز أن يكون خبرا (قوله والاصل فيه ما قال عليه الصلاة والسلام) أقول على أن تكون ما مصدر به (قوله وجه الاستدلال بالاول) أقول لا حاجة في صحة الاستدلال بادول واردة الى التكرار نعم يتقوى الاستدلال بتكرار الامر (قوله بقوله عليه الصلاة والسلام من فرق بين والدته ولداه فرق الله بينهما وبين أحبته يوم القيامة) أقول الدعوى عامة والحديث بخصوص بالوالدة والولد (قوله فهو بيان لما عسى يجوز به الحاق الغير بالدلالة اذا ساواه) أقول دعوى المساواة فيما اذا كان أحدهما عسرا أو خالما لورد النص مشككة وللإشارة الى ذلك قال عسى

للتكاح لما جاز التفريق عند وجود هذه العلة لكنه جاز في سبعة مواضع وان كان أحدهما صغيرا فكانت العلة منقوضة ولزم التزام القول بتخصيص العلة الفاسدة عند عامة المشايخ والاول من المواضع السبعة ما اذا صار أحدهما في ملكه الى حال لا يمكنه بيعه كما اذا بره أو استولده ان كانت أماته فلا بأس ببيع الآخر وان (١١٠) حصل التفريق والثاني اذا جنى أحدهما جناية تنفس أو مال فان للمولى أن

أحدهما فقال أدرك أدرك و يروي ارداد ودولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهد به فكان في بيع أحدهما قطع الاستئناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد وعد عليه ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للتكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على موردده ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا حتى لو كان أحدهما الصغير بن له والاخر غيره فلا بأس ببيع واحد منهما

شرط الشيخين ونفي ابن القطان العيب عنه وقال هو أولى ما اعتد عليه في هذا الباب ومن طريق آخر رواء أحمد واليزار وفيه انقطاع ولا يضر على أصلنا على ما عرف قال المصنف (ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهد به) أي يصلح شأنه (فكان في التفريق قطع الاستئناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد وعد عليه) قال عليه الصلاة والسلام من لم يرحم صغيرنا ويعرف حق كبيرنا فليس منا ورواه ابن أبي شيبة عن عمرو بن العاص وكذا رواه البخاري في كتابه المفرد في الادب وروى الطحاوي في مشكل الآثار حدثنا يونس بن عبد الاعلى حدثنا ابن وهب انما نالك بن أبي الخير الزبادي عن أبي قبل عن عبادة بن الصامت عنه صلى الله عليه وسلم قال ليس منا من لم يحمل كبيرنا ويرحم صغيرنا وعلى نحو الاول رواه البخاري في كتابه المفرد في الادب من حديث أبي هريرة وقد روى من حديث عدة من الصحابة فهو معنى مشهور ولا شك فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المصنف (ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للتكاح حتى لا يدخله محرم غير قريب) كحرم الرضاع وامرأة الاب (ولا قريب غير محرم) كابن العم (ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لانه على خلاف القياس فيقتصر على موردده) وسورده كان في المحرمية كافي الوالدة

أي استرد (قوله ثم المنع معلول بجملة القرابة المحرمة للتكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب) كامرأة الاب ولا قريب غير محرم كابن العم فان قيل أليس أن الحربي اذا دخل دارا بغير علم من أخيه من صغيرين بامان فادان أن يبيع أحدهما فلا بأس بالشراء منه وان كان فيه تفريق قلنا لانه لو لم يشتتر منه لعاد به الى دار الحرب وشراؤه منه انظر من مراعاة التفريق (قوله ولا يدخل فيه الزوجان) حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورد النص وهو القريب المحرم فان قيل قوله لان النص ورد بخلاف القياس مخالفا لما ذكرنا فمما قبله من المعنى المعقول وهو قوله ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهد به الى آخره قلنا النص لا بد أن يكون معقولا لان الشارع لا يتناقض حججه كما قلنا أن في حديث القهقهة معنى معقولا وهو أن القهقهة جناية في مقام المناجاة مع الرب فاوجب نقض الطهارة جزاء لجنايته لمنع مقصوده من المضى في الصلاة بتلك الطهارة وكذلك نقول في السلم انها شرعت لدفع الحاجة وكذلك في بقاء الصوم مع الاكل ناسيا أن فساد الصوم يتعلق بترك الاتعم بخيار والناسي ليس بمختار في الترك بل هو مجبول عليه من جانب من له الحق ومع ذلك نقول هذه النصوص وردت بخلاف القياس لمخالفة الدليل الظاهر فعلم بهذا أن مطلق وجود المعنى لا يدل على أن يكون النص معقول المعنى بل يكون مخالفا للقياس لمخالفة الدليل الظاهر وهما كذلك لان الصغير بن ملكه والمالك عبارة عن المطلق الحاضر والقياس الظاهر يقتضي أن يجوز تصرفه فيه بالجميع والتفريق كما يجوز تصرفه في سائر الاملاك سوى العبد والامام وفيه ما في الكبيرين فلها اسمي بخلاف القياس وان كان فيه معنى معقول من وجه آخر كافي النظائر (قوله لما ذكرنا) أي

يدفع وفيه تفريق مع انه خير بين الدفع والقداء وله ولاية المنع عن البيع باداء القيمة والثالث اذا كان المالك حرييا جاز للمسلم شراء أحدهما وكما يكره التفريق بالبيع يكره بالشراء والرابع اذا كان صغيرا وكبير بن جاز ببيع أحدهما الكبير بن استئناسا وان لزم التفريق والخامس اذا اشتراهما ووجدا باحدهما عيبا كان له رد المعيب في ظاهر الرواية ولزم التفريق والسادس جاز اعتاق أحدهما على مال أو غيره وهو تفريق والسابع اذا كان الصغير مرافقا جاز بيعه برضاه ورضاه لزم التفريق واذا تأملت ما مهد لك آنفا ظهرك عدم ورودها فان ما خلا الاختيارين يشتمل على الضرر والاول فلان يبيع أحدهما ما استغنى عن شرعي لو منع عن بيع الآخر ضرر المولى والمنظر اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به لا يقال المنع عن تصرف التفريق مع وجود الملك المطلق له اضرار فكيف تحمل لانه لو لم يحصل ذلك لزم اهما مال الحديث وأما الثاني فلانه لو لزم المولى

القداء بدون اختياره وتقرر وأما الثالث فلان منع التفريق يدفع الضرر عن الصغير ولو منع المسلم من شرائه ولو تضرر الصغير قصد اعدا على موضوعه بالنقض فان الحربي يدخلهما دار الحرب فينشق فيها وضرر ذلك ظاهر في الدنيا العرضية لا السر والقتل (قوله أولزم التزام القول بتخصيص العلة) أقول فانه طهران العلة هي الرحم المحرمية الغير المستلزم صررا بالملك وبالصغير قصد (قوله وأما الثالث فلان منع التفريق الخ) أقول فيه بحث

وفي الآخرة لان ظاهر من يشأمن صغره بينهم أن يكون على دينهم وأما الرابع فلان منع بيع أحد الكبيرين مع دفع ضرر الصغير بالآخر
أضرار المولى وأما الخامس فجواز التفريق فيه ممنوع على ما روي عن أبي يوسف (١١١) وعلى ظاهر الرواية انما جاز لان يرد

السالم عن العيب حرام من كل وجه وفي الزام المعيب أضرار للمشتري فيتعين رده

دفعاً للاضرار عنه وأما في

السادس فلان الاعتاق هو

عين الجمع باكمل الوجوه

لان المعق أو المكاتب صار

أحق بنفسه فيدور هو

حيثما دار أخوه ويتعاهد

أموره على ما أراد ولا اعتبار

بخروجه عن ملكه بعد

ما حصل المعنى الموجب في

ابقائهما جميعاً مع زيادة

وصف وهي استبداده بنفسه

وأما في السابع فلان المنع

عن التفريق للاحتراز عن

الضرر بهما فلما وضيا

بالتفريق اندفع الضرر

ففيما عدا الأخير من ضرر

فلا يكون في معنى ما لاضرر

فيه من كل وجه فيلحق به

وأما السادس فلا تفريق

فيه وأما السابع فن قيل

استقاط الحق ثم لا بد من

اجتماعهما في ملك شخص

واحد حتى لو كان أحدهما

له والاخر لغيره لا بأس ببيع

أحدهما لان التفريق

لا يتحقق فيه وذ كر الغير

مطلقاً ليتناول كل من كان

غيره سواء كان الغير بناصره

له أو كسيرا وهما في مؤنته

أولا وسواء كان زوجة

أو مكاتبته ولا يجوز بيع

أحدهما من أحدهما

ولو كان التفريق بحق مستحق لا بأس به كدفع أحدهما بالجنانية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به

ولدها والاخو من فان قيل لو كان كذلك وجب أن لا يمنع التفريق بين الحال وابن أخته والحالة وبنت أختها لان النص ما ورد الا في الوالدة والاخو من فالجواب أن القرابة المحرمة تثبت بمعنى دلاليها وهو المفهوم الموافق في عرف الشافعية لقطع بان خصوص الوالدة غير معتبر لان الوالد أيضاً مثلها ففهم منه قرابة الولاد ثم جاء نص الاخو من فعمل أن لا قصر على الولاد بل القرابة المحرمة تثبت في الحال والحالة بالدلالة ومعلوم ان المحققين على عدم اشتراط الاولوية في الدلالة والمفهوم بقي ايراد نقض العلة بثمانية مسائل يجوز التفريق فيها مع وجود القرابة المحرمة منها الثلاثة التي ذكرها المصنف وهي ما اذا كان التفريق بحق مستحق كدفع أحدهما بجناية أو استيلاء من لزم الصغير كاستيلاء كمال الغير مع أنه في دفعه غير مجبور اذله ان يدفع عنه الغداء والدين ويستبقى رده وحده بعيب محصته فيرده وحده وان كان عند أبي يوسف أنه يرددهما جميعاً أو يسكنهما كما في مصر اعي الباب اذ او جد باحدهما عيبا والراية أن يرد أحدهما أو يستولد الامة وحدهما جاز ببيعة الآخر والخامسة أن يكون لطرفي مستأمن فباع أحدهما فلا مسلم ان يشتريه مع أن المنع كجاءه للبائع كذلك للمشتري والسادسة لو كانوا ثلاثة في ملكه أحدهم صغير حل ببيع أحد الكبيرين مع أنه يصدق التفريق بين الصغير والكبير والسابعة أنه يجوز أن يعتق أحدهما بمال وبلا مال ويكاتبه مع أنه حصول الفرقة بالخارج عن ملكه والثامنة لو كان الولد مراهقاً فرضى بالبيع واختاره ورضيته أنه جاز ببيعة فالجواب عن الثلاثة الاول ما أشار اليه المصنف بقوله (لان المنظور اليه) في منع التفريق (دفع الضرر عن غيره) وهو الصغير (لا) الحاق (الضرر به) أي بالمالك المفهوم من قوله ومن ملك مملوكين فيما تقدم فلو منعنا التفريق كان الزام للاضرر بالمالك والعلة هي ما ذكرنا من الرحمة المحرمة غير المستلزم ضرر بالمالك فعند استلزامه تكون علة المنع متفعية عند من منع تخصيص العلة أو خصصة باستلزام ضرره عند من يخصصها وبهذا يجاب عن الرابع اذ يلزم المالك الحجر عليه منعه من التصرف في ماله وأما بخلاف ما قبل التدبير فانه يمكنه بيعهما والاتفا على بدل لهما وعن الخامس بان مفسدة التفريق عارضها هنا بتدبيره مفسدة أعظم فانه ان لم يشتره أحد يذهب به الى دار الحرب ومفسدة كونه هناك يشوب ويكتهل أعظم من ضرر التفريق على الصغير لانه ضرر الدين والدنيا فالدين ظاهر والدنيا تعريض على القتل والسبي والسبي هلاك ويحجب مما ذكرنا على المذهبين في تخصيص العلة وعدمه وعن السادس بان العلة ما هو مظنة الضياع والاستعجال وقدي له من يقوم مقام الثالث على أن في رواية عن أبي يوسف يمنع بيع الثالث في الكفاية قد اجتمع في الصغير عدد من آثاره لا يفرق بينه وبين واحد اختلفت جهة القرابة كأمه والحال أو اتحدت كخالين عند أبي يوسف لانه يستوحش بفراق الكل وعن السابع بان العتق والسكابة عين الجمع لا التفريق فان المعق والمكاتب يزول الحجر عنه فيتمكن من السكون مع أخيه حيثما كان وأيضاً صار وعن الثامن بانتفاء الضرر عنهما لما اختارا ذلك فقد تحققنا خلو الوصف الظاهر المنضبط عن الحكمة فلا يشترع معه الحكم فالكل الى عدم العلة في الحقيقة ومن صور جواز التفريق ما في المبسوط اذا كان للذي عبده امرأة أمة ولدت منه فاسلم العبد وولده صغير فانه يجبر الذي على بيع العبد وابنه وان كان تفرق بينهما وبين أمه لانه يصير مسلماً باسلام أبيه

من أن النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده (قوله وبيعه بالدين) بان استهلك أحدهما مال انسان وكذا اذا كان ماذوناً فله حق دين يباع في الدين وان حصل التفريق (قوله ورده بالعيب) بان اشتراهما

اذا كانا في ملكه لحصول التفريق بذلك (قوله ولو كان التفريق بحق مستحق) تقدم تقريره في أثناء الاسئلة وجواب ما روي عن أبي حنيفة

رحمه الله انه قال اذا جنى أحدهما يسه يستحب الغداء لانه مخير بين أن يدفع أو يقدي فكان الغداء أولى

قال المصنف (لا الاضرار به) لقول قال ابن الهمام أي بالمالك المفهوم من قوله ومن ملك مملوكين اه وفيه بحث

قال (فان فرق كرهه ذلك و جاز العقد) وعن أبي يوسف رحمه الله انه لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد وله من ركن البيع صدر من أهله في محله وانما الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيلاء (وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما) لانه ليس في معنى ما ورد به النص وقد صرح أنه عليه الصلاة والسلام فرق بين مارية وسيرين وكانتا متين أخنتين

فهذا التفريق يحق (فوله فان فرق كرهه ذلك و جاز العقد) اذا كان المالك مسلما حرا ومكاتباً وما ذونا أما اذا كان كافرا فلا لانهم غير مخاطبين بالشرايع والوجه انه ان كان التفريق في ملتزم حلالا لا يتعرض لهم الا ان كان بيعهم من مسلم فيمتنع على المسلم وان كان تمتعاً في ملتزم لا يجوز (وعن أبي يوسف رحمه الله لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك) أي قرابة الولاد وغيرها وهو قول أحمد لما روينا من حديث علي رضي الله عنه وقول النبي صلى الله عليه وسلم أدركهما واربعهما فان الامر بالادراك والارتجاع لا يكون الا في البيع الفاسد (وله من ركن البيع صدر من أهله في محله والكراهة لمعنى مجاور والنهي للمجاورة لا يوجب الفساد بخلافه لوصف لازم (فشابه كراهة الاستيلاء) على سوم أخيه وحينئذ يجب تاويل الامر بالادراك والارتجاع على طلب الاقالة مع ظهور ان يقبله رغبة في ثواب الاقالة أو ان يبيع الاخر لا خرمه واعلم ان مدة منع التفريق انما تمتد الى بلوغ الصغير بالاحتلام أو بالحيض وذ كرفه حديثا في المبسوط عنه صلى الله عليه وسلم لا تجمعوا عليهم بين السبي والتفريق ما لم يبلغ الغلام والجارية وعن عبادة ابن الصامت عنه عليه الصلاة والسلام لا تفريقا بين الام ولدها فقيس الى متى فقال الى أن يبلغ الغلام وتحيض الجارية رفعه في المبسوط وهو قول الشافعي وفي أظهر قوليه الى زمان التيسير سبع أو ثمان بالتفريق والى زمان سقوط الاسنان والحديث المذكور ذ كره الحاكم وصححه وخطأه صاحب التمهيق وقال الاشبه انه موضوع وسبه ان في سنده عبد الله بن عمرو بن حسان قال الذهبي كذاب وقيل رما ابن المدني بالكذب غير ان الحكم المذكور وهو التفريق بعد البلوغ حكم ثابت شرعا وقال بعض مشايخنا اذ ارهاقنا ورضينا بالتفريق فلا بأس به لانهم من أهل النظر لانفسهم ما روينا من المصلحة في ذلك (قوله وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به النص) ليثبت فيه المنع الحاقا بالدلالة اذ كان أصله على خلاف القياس (وقد صرح أنه صلى الله عليه وسلم فرق بين مارية وسيرين) بالسين المهمل ذ كره ابن عبد البر في الاستيعاب (قال البزار بعد أن غلطه للعديد طريقتا ذ كرهها لكن روى هذا الحديث عن بشر بن المهاجر بن حاتم بن اسمعيل ودله بن دهشم انتهى وبشير بن عبد الله بن بريدة عن أبيه قال أهدى المقوقس القبطي لرسول الله صلى الله عليه وسلم جاريتين وبغلة كان يركبها فاما إحدى الجاريتين فسرها فولدت له ابراهيم عليه السلام وهي مارية ابراهيم وأما الاخرى فوهبها رسول الله صلى الله عليه وسلم لحسان بن ثابت وهي أم عبد الرحمن بن حسان وذ كرهنا هذا الحديث في صحيح ابن خزيمة وأخرجه البيهقي بسند آخر في دلائل النبوة من سلالته صلى الله عليه وسلم بعث حاطب بن أبي بلتعة الى المقوقس الى أن قال وأهدى له مع حاطب كسوة وبغلة مسروجة وجاريتين أحدهما أم ابراهيم وأما الاخرى

فوجد باحدهما عيبا وكذا اذا لم يكن أحدهما يحمل البيع بان كان مدبرا ومكاتباً (قوله لمعنى مجاور) وهو الوحشة وذلك ليس من المبيع في شيء والنهي متى كان لمعنى في غير المنهي لانه لا يفسد العقد كالنهي عن البيع وقت النداء كذا في المبسوط (قوله كراهة الاستيلاء) أي السوم على سوم غيره وقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه أدركك محمول على طلب الاقالة أو بيع الاخرين باع أحدهما منه (قوله ليس في معنى ما ورد به النص) لان كل واحد منهما يقوم بمحوائجه وإجمالا يستأنس أحدهما بالآخر بل يتأذى أحدهما من الآخر باحسان السيد الى أحدهما والله أعلم

قال (فان فرق كرهه ذلك و جاز العقد الخ) فان فرق كرهه ذلك و اطلاق التفريق يدل على أنه مكروه وسواء كان بالبيع أو القسم في الميراث أو الغنائم أو الهبة أو غير ذلك والبيع جائز وعن أبي يوسف أنه لا يجوز في قرابة الولاد لقومنا وصف غير هار عنه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا من قوله عليه الصلاة والسلام لعلي أدركك ولزبد بن حارثة أردد اردد فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد وله من ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محله والكراهة لمعنى مجاور وهو الوحشة الحاصلة بالتفريق فكان كالبيع وقت النداء وهو مكروه لافساد الاستيلاء والجواب عن الحديث أنه محمول على طلب الاقالة أو بيع الاخرين باع أحدهما (قوله وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما)

(قوله و اطلاق التفريق يدل الخ) أن قوله و جاز البيع يدل على التقيد نعم لا كلام في اطلاق التفريق الواقع في الحديث (قوله والجواب عن الحديث أنه محمول الخ) أقول في أدركك و اردد (قوله أو يبيع الاخر الخ) أقول في أدركك لمعنى لفظ أو ههنا المنع الخلو

(باب الاقالة)

فوهبها عليه الصلاة والسلام لجهيم بن قيس العبدى وهى أم زكريا بن جهيم الذى كان خليفته وروى
العاص على مصر وهذا مخالف لما تقدم وجيع ينفى ما حديث آخر رواه البيهقي بسنده الى حاطب قال بعثنى
رسول الله صلى الله عليه وسلم الى المقوقس ملك الاسكندرية فبعت بكتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فأزلىنى في
منزله فأقت عنده ثم بعث الى ورجع بطارقه الى أن قال وهذه هدايا أبعث بها معك الى محمد فاهدى الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم ثلاث جوار منهن أم ابراهيم ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم واحدة وهبها لابن جهيم بن
حذيفة العدوى واحدة وهبها لحسان بن ثابت فهذا يعلم من الفاظ هذا الحديث وطرقه وائس في شئ منها
أن الجاريتين كانتا أختين وهو موضع الاستدلال لاجز ذكروا الربيع سليمان الكلاعى في كتاب الاكتفاء
عن الواقدي باسناد له أن المقوقس أرسل الى حاطب ليلة الى أن قال فارجع الى صاحبك فقد أمرت له هدايا
وجاريتين أختين فارهتني وبغلة من مراكبي وألف مثقال ذهباً وعشرين ثوباً من لين وغير ذلك وأمرت
لك بمائة دينار وخمسة أبواب فارحل من عندي ولا تسمع منك إلا ببط حرقاً واحداً فهذا مع توثيق الواقدي
دليل على المطالب وقد أسلفنا توثيقه وذكر ذلك ابن عبد البر في الاستيعاب ونقله أحمد بن عبد الله الطبري
عن أبي عبيدة في خاتمة مناقب أمهات المؤمنين فالتة أعلم بذلك وانما يوجب أبو داود لا يفرق بين المذكورات
للحديث الذى في مسلم عن سلمة بن الأكوع قال خرجنا مع أبي بكر فغزونا فزاره الى أن قال فبعت بهم الى
أبي بكر وفيهم امرأة معها ابنة لها من أحسن العرب ففعلنى أبو بكر ابنة فقدمت المدينة فقال لى النبي صلى
الله عليه وسلم يا سلمة هبلى المرأة فقلت هى لك ففدى بها أسارى مكنة انتهى مختصراً فهذا التفريق وان كان
من فعل أبي بكر لكن لا شك في أن النبي صلى الله عليه وسلم علموا بنسب الجارية ولم يردوها الى أمها بل أبعدها
دارها حين فدى بها فهذا والله أعلم هو السبيل على التفريق بين الكبيرين والله أعلم *(فروع)* إذا كان
مع الصغير أبوان لا يبيع واحداً منهم ولو كان معه أم وأخ أو أم وعمعة أو له أو أخ جاز بيع من سوى الام
وروى هشام عن محمد أنهم لا يباعون الام مع اعتبار الاختلاف الجهة والعصم ما ذكر في ظاهر الرواية بيان
شقة الام تغنى عن سواها ولذا كانت أحق بالخانة من غيرها فهذه الصورة مستثناة من اختلاف الجهة
والجدة كالام فلو كان معه جد وعمعة وخالة جاز بيع العمعة والخالة ولو كان معه عمعة وله لم يباعوا ٣ الا
مع الاختلاف الجهة مع اتحاد الدرجة ولو كان معه اخوان وأخوة كبار في رواية الامالى لا يباع واحد منهم
والعصم أنه يجوز بيع من سوى واحد منهم وهو الاستحسان لان الشقة أمر باطنى لا يوقف عليه فيعتبر السبب
ولا يعتبر الا بعد مع الاقرب وعند الاتحاد في الدرجة والجهة أحدهما يغنى وكذا لو ملك ستة أخوة ثلاثة كبارا
وثلاثة صغارا فباع مع كل صغير كبير جاز استحساناً فلو كان معه أخت شقيقة وأخت لاب وأخت لام باع غير
الشقيقة ولو ادعاه رجلان فصارا أبوين له ثم ملكوا جلة القياس أن يباع أحدهما للاتحاد جهتهما وفى
الاستحسان لا يباع لان الاب في الحقيقة واحد فاحتمل كونه الذى يبيع فيمتنع احتياطاً فصار الاصل أنه اذا
كان معه عدد أحدهم أبعدهما جاز بيعه وان كانوا في درجة فان كانوا من جنس مختلفين كالأب والام والخالة
والعمة لا يفرق ولكن يباع السكلى أو بمسك السكلى وان كانوا من جنس واحد كالأخوين والعمين والخالين
جاز أن يسكك مع الصغير أحدهما أو يبيع ماسواه ومثل الخالة والعمة أخ لاب وأخ لام والله الموفق

(باب الاقالة)

(باب الاقالة)

فقبل الاقالة مشتقة من القول والهزمة للسلب كاشكى أى زال القول السابق وهذا سهو بوجه أحدها
أنهم قالوا قلت البيع بالكسر وأقلته فدل على أن العين باء والثانى أن فى الصحاح أو ردالة البيع في ذكر
القاف مع الياء لا في ذكر القاف مع الواو فقال وأقلته البيع اقالة وهو فمخوور بما قالوا فالتة البيع والثالث

لانه ليس في معنى ماورد به
النص يشير الى أن مراده
فيما تقدم إلحاق بدلالة
النص كما قررناه وقد صح
أن النبي صلى الله عليه وسلم
فرق بين مارية وسيزين
وكانتا متين أختين روى
أن أمير القبط أهدي الى
رسول الله صلى الله عليه
وسلم جاريتين أختين وبغلة
فكان يركب البغلة بالمدينة
واتخذ إحدى الجاريتين
سرية فولدت له ابراهيم
وهى مارية وهبها لآخرى
لحسان بن ثابت وكانا معها
سهرين بالسسين الهيملة
ذكره ابن عبد البر في كتاب
الاستيعاب وهذا كما اذا
كان المالك مسلماً حراً
كان أمكاتباً أو مائزناً له
وأما اذا كان كافراً فلا
يكراه التفريق لان ما فيه
من الكفر أعظم والكفار
غير مخاطبين بالشرايع

(باب الاقالة)

(باب الاقالة)

(الاقالة) الخلاص من نخب البيع الفاسد والمكر ولما كان بالغسغ كان للاقالة تعلق خاص بها فاعقب ذكرها باهاه وهي من القيل
لامن القول والمهزة للسلب كاذب اليه بعض بدليل قلة البيع بكسر القاف وهي جائزة لقوله صلى الله عليه وسلم من أقال نادما بيعته أقال الله
عشرته يوم القيامة نذب صلى الله عليه (١١٤) وسلم اليها بما يوجب التحريض عليهما من الثواب انبأ أرا أودعاء وكلاهما لا يكون الا

لمشروع ولأن العقد حقهما
وكل ما هو حقهما بما كان
رفع الحاجة ما وشرطها
أن تكون في الثمن الاول

(الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول) لقوله عليه الصلاة والسلام من أقال نادما بيعته أقال الله عشرته يوم
القيامة ولأن العقد حقهما فبما كان رفعه دفعا لحاجتهما (فان شرطاً أكثر منه أو أقل فالشرط باطل ويرد
بمثل الثمن الاول) والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين ببيع جديد في حق غيرهما

(فان شرطاً أكثر منه أو أقل
فالشرط باطل ويرد مثل
الثمن الاول والاصل في ذلك
أن الاقالة فسخ في حق
المتعاقدين) ولهذا بطل

مناسبه الخاصة بالبيع الفاسد والمكر وه أنه اذا وقع البيع فاسداً أو مكرراً وها وجب على كل من المتعاقدين
الرجوع الى ما كان له من رأس المال صونا لهما عن المخطور ولا يكون ذلك الا بالاقالة الى آخر ما ذكر في
النهاية وتبعه غيره وهو مصرح بوجوب التفاسخ في العقود المكررة وه السابقة وهو حق لان رفع المعصية
واجب بقدر الامكان وأيضا الاقالة بيان فكيف يرفع العقد وهو يستدعي سابقة ثبوته وأبواب البياعات
السابقة كلها مع البيع الفاسد والمكرره بيان كيف يثبت فاعقب الرفع معظم أبواب الاثبات ثم قيل الاقالة
من القول والمهزة للسلب فاقال بعضي أزال القول أي القول الاول وبيع البيع كاشكاه أزال شكايته ودفع
بانهم قالوا قلته بالسكسر فهو يدل على أن عينه باء لا واو فليس من القول ولانه ذكر الاقالة في الصحاح من القاف
مع الياء لامع الواو أيضاً ذكر في مجموع اللغة قال البيهقي في الاقالة فسخه (قوله الاقالة جائزة في البيع بمثل
الثمن الاول) عليه اجماع المسلمين (لقوله صلى الله عليه وسلم من أقال نادما بيعته أقال الله عشرته يوم القيامة)
أخرجه أبو داود وابن ماجه عن الأعشى عن أبي صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم من أقال مسلمًا بيعته أقال الله عشرته زاد ابن ماجه يوم القيامة ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم
وقال على شرط الشيخين وأما اللفظ نادما فعند البيهقي قال المصنف (ولأن العقد حقهما فبما كان رفعه دفعا
لحاجتهما) التي لها شرع البيع وغيره ولا يخفى أن النص المذكور والمعنى انما يفيد مجرد جواز الاقالة
وأما لزوم كونه على الثمن الاول بعينه فلو جبه يفيد المعنى الذي مهد به بقوله (والاصل) أي الاصل في لزوم
الثمن الاول حتى يبطل الاقل والاكثر (أن الاقالة فسخ في حق المتعاقدين) وحقيقة الفسخ ليس الرفع الاول
كان لم يكن فيثبت الحال الاول وثبوت الحال الاول هو رجوع عين الثمن الاول الى مالكه كان لم يدخل في

مناطق به من الزيادة على
الثمن الاول والنقصان منه
ولو باع البائع المبيع من
المشتري قبل أن يسترده
منه جاز ولو كان بيعا لجاز
لكونه قبيل القبض بيبعا

جديدا في حق غيرهما ولهذا
تجب الشفعة للشفيع فيما
إذا باع دار فسلم الشفعة ثم
تقايلا وعاد المبيع الى ملك
البائع ولو كان فسخا في
حق غيرهما لم يكن لذلك
وشرط التقاض إذا كان

ما ذكره في مجموع اللغة في القاف مع الياء وقاله البيهقي في الاقالة فسخه ووجه التمسك بهذا الحديث في
اثبات جواز الاقالة ظاهر لان النبي عليه السلام نذب الى الاقالة بما يوجب التحريض من الثواب والاصل أن
الاقالة فسخ في حق المتعاقدين وفائدة كونها فسخا في حقهما تظهر في مواضع أحدها أن يجب على البائع رد
الثمن وما نطقا بخلافه باطل والثاني أن الاقالة لا تبطل بالشرط الفاسد ولو كانت بيعا في حقهما أيضا
لبطلت بالشرط الفاسد كما يبطل البيع ويبطل بما عند أبي يوسف رحمه الله في الموضوع الذي يجعلها بيعا
والثالث بعد ما تقايلا قبل أن يسترد المبيع من المشتري باعه من المشتري جاز البيع لانه فسخ في حقهما ولو
كان بيعا لجاز بيعه منه قبل القبض ولو باعه من غير المشتري لا يجوز البيع لان في حق غير بيعا جديدا
وفائدة كونها بيعا جديدا في حق غيرهما تظهر في مواضع أيضا أحدها أن المبيع لو كان عقارا لم يجب فيه
الشفعة فسلم الشفع من أصل البيع ثم تقايلا البيع وعاد المبيع الى ملك البائع فطلب الشفع
الشفعة في الاقالة كان له ذلك لانها بمنزلة البيع في حق ثالث والثاني أن البيع لو كان سرفا فالتقاض في
كلا الجانبين شرط لصحة الاقالة فجعل في حق الشرع كببيع جديد والثالث أنه لو اشترى شيئا وقبضه قبل نقد
الثمن ثم باعه من آخر ثم تقايلا وعاد الى المشتري ثم البائع اشتراه من المشتري باقل من الثمن قبل العقد جاز
فصار في حق البائع كأنه ملك بسبب جديد والرابع أن السلعة لو كانت هبة في يد البائع ثم تقايلا فليس

البيع صرفا فكانت في حق
الشريعة بيعا جديدا وهذا
لان لفظها ينبي عن الفسخ
كما سدد كره ومعناها ينبي
عن البيع لكونها مبادلة
المال بالمال بالتراضي
وجعلها فسخا أو بيعا فقط
اهمال لاحد الجانبين
وأعمالهما ولو بوجه أولى

فان قبيل ما الجواب عن
انتقاض حد البيع بالاقالة
قلنا المراد من المبادلة في تحديد
البيع هو ما كان مبادلة

ابتداء لارتباطها بطريق الرفع بقرينة مقابلة الاقالة للبيع (قوله وهي من القيل لامن القول) أقول في مجموع اللغة قال البيهقي
قيلوا فانه فسخه (قوله والمهزة للسلب) أقول فاقال بعضي أزال القول أي القول الاول وهو البيع (قوله وشرطها: أن تكون بالثمن الاول الخ)
أقول لو كان شرطا لا تنفي بانتهائه وليس كذلك بل الظاهر أنه من أحكامه

فعلناها من حيث اللفظ فستخاف حق المتعاقدين لقيامه بما فتنه من أن تكون بيعا في حق غيرهما فان تعذر جعلها فسبحا بطلت كذا ولدت
المبيعة بعد القبض وإذا فان الزيادة المنفصلة تمنع فسخ العقد حقا للشرع وهذا عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف هي بيع الآن يتعذر جعلها بيعا
كما إذا تقايلا في المنقول قبل القبض فيسحق فسخها الآن تعذر جعلها فسحا فيسحق بطل كذا تقايلا في العروص المبيعة بالبراهم بعدها كذا وعند
محمد هو فسخ إذا تعذر ذلك كما إذا تقايلا بأكثر من الثمن الأول ففعل بيعا لا إذا تعذر ذلك فبطل كذا في صورة بيع العرض بالبراهم بعدها كذا
استدل محمد بالمعنى اللغوي فقال إن اللفظ للفسخ والدفع يعني إن حقيقة ذلك يقال في الدعاء أقلني عثرني وإذا أمكن العمل بالحقيقة لا يصر إلى
المجاز فيعمل به وإذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع لأنه يبيع في حق ثالث واستدل (١١٥) أبو يوسف بمعناه فانه مبادلة المال

بالمال بالتراضي وليس
البيع الا ذلك واعتد
بثبوت أحكام البيع من
بطلانها بمسألة السلعة

والرد بالعيب وثبوت الشفعة
وعروض بانه لو كانت بيعا
أو محتملة لانه بعد البيع
بلفظ الاقالة وليس كذلك
وأجيب بمنع بطلان اللزوم
على المردى عن بعض
المشايخ بالفرق بعد التسليم
بأنه إذا قال ابتداء أقلني
العقد في هذا العبد بأنف

درهم ولم يكن بينهما عقد
أصلا تعذر تعميها بيعا لان

الاقالة انما أضيفت الى مالا
وجوده فتبطل في مخرجها
وما نحن فيه ليس كذلك لانها

أضيفت الى ماله وجودا أعني
به سابقة العقد قبلها فلم يلزم
من ارادة المجاز من اللفظ في

موضع لوجود الدلالة على
ما أراد من المجاز ارادة المجاز
في سائر الصور عند عدم دلالة

الدليل على المجاز وفيه نظر
من وجهين أحدهما انه
يفهم منه ان أبو يوسف يجعل

الاقالة بيعا مجازا وذلك بمصير

الآن لا يمكن جعله فسحا فبطل وهذا عند أبي حنيفة وعنده أبي يوسف رحمه الله هو يبيع الآن لا يمكن
جعله بيعا فيسحق فسخها الآن لا يمكن فبطل وعند محمد رحمه الله هو فسخ إذا تعذر جعله فسحا فيسحق فيعمل بيعا لا
أن لا يمكن فبطل لمحمد رحمه الله أن اللفظ للفسخ والرفع ومنه يقال أقلني عثرني

الوجود غيره وهو يستلزم تعيين الأول ونفي غيره من الزيادة والنقص وخلاف الجنس والاجل نعم لما لم يكن
فعلها ما ينفذ على غيره ما جعل بالنسبة الى غيره ما يبيع على بالنسبة الى غيره ما حكم البيع كما سنده كره
(فان لم يمكن جعله فسحا) كان ولدت المبيعة بعد القبض وكذا كان المبيع عرضا بالبراهم فهلك (تبطل)
هذا قول أبي حنيفة رحمه الله وعنده أبي يوسف هي بيع الآن لا يمكن جعله بيعا بان وقعت الاقالة قبل القبض
في مبيع منقول فتجعل فسحا فان تعذر كونها بيعا وفسحا كذا لو كان المبيع عرضا بالبراهم فتقايلا بعدها هلاك
العرض فينبذ تبطل وعند محمد فاب قول أبي يوسف فهي فسخ الآن يتعذر فبيع السع الان تعذر فتبطل والعجب
أن قول أبي يوسف كقول أبي حنيفة رحمه الله في أن الاقالة تصح بلغطين أحدهما مستقبلا كذا قال أقلني فقال
أقلتك مع أنها يبيع عنده والبيع لا ينعقد بذلك على ما سلف ومحمد يقول انها فسخو يقول لا تنعقد الا بالمضى
فيهما لانها كالبيع فاعطى بسبب الشبهة حكم البيع وأبو يوسف مع حقيقة البيع لم يعط حكمه لان المساومة
لا تجري في الاقالة فجعل اللفظ على التحقيق بخلاف البيع هكذا في شرح القدروري وذكره في التراتيب الذي
في فتاوى قاضيه ان قول أبي حنيفة كقول محمد وفي الخلاصة اختار واقول لمحمد ولا يتعين مادة كاف لام بل
لو قال تركت البيع وهال الآخرة ضيت أو اخترت تمت ويجوز قبول الاقالة دلالة بالفعل كما إذا قطعه فيصافي
فوق قول المشتري أقلتك وتنعقد بفاسحتك وتاركت وجه قول محمد (أن اللفظ) أي لفظ الاقالة وضع
(لفسخ والرفع) بدليل الاستعمال فانه (يقال أقلني عثرني) بمعنى اسقط أثرها باعتبارها عدا ما بعد وجودها

للاوهب أن يرجع فصار كان البائع اشترها في حق الواهب كذا في شرح الطحاوي (قوله الآن لا يمكن
جعله فسحا فيسحق بطل بان ولدت المبيعة ولدا بعد القبض لان الزيادة المنفصلة مانعة فسخ العقد حقا للشرع وأبو
حنيفة رحمه الله لا يصح الاقالة الا بطريق الفسخ وعنده أبي يوسف رحمه الله هو يبيع الآن لا يمكن جعله بيعا
فيصحق فسخا كذا لو تقايلا في المنقول قبل القبض أو تقايلا في بيع العرض بالبراهم بعدها كذا أحدهما لا
أن لا يمكن جعله فسحا أيضا فينبذ تبطل الاقالة في نفسها كذا في بيع العرض بالبراهم إذا تقايلا بعدها هلاك
العرض وكذا لو تقايلا في المنقول قبل القبض على خلاف جنس الثمن الأول بطلت الاقالة لانه تعذر اعتبارها
بيعا لان بيع المنقول قبل القبض لا يجوز وتعذر اعتبارها فسحا أيضا لان الفسخ انما يكون بالثمن الأول
وقد سمي ثمن آخر وعند محمد رحمه الله هو فسخ كما قاله أبو حنيفة رحمه الله حتى لو تقايلا بثمن الأول أو
بالأقل يكون فسحا إذا تعذر جعله فسحا بان تقايلا بعد القبض بالثمن الأول بعد الزيادة المنفصلة أو تقايلا

(قوله واستدل أبو يوسف بمعناه الخ) أقول منقوض بما إذا كانت الاقالة بلفظ فاسحتك أو تاركتك فانما حينئذ فسخ اجزاء مع جريان
الدليل فيه (قوله فلم يلزم من ارادة المجاز الخ) أقول أي المعنى المجازي (قوله وذلك بمصير الى المجاز مع امكان العمل بالحقيقة) أقول ألا يرى أنه
يجعله فسحا اذا لم يكن جعله تبعاً لذلك أن تقول يجوز أن لفظ المجاز يتجاوز عن المنقول بعلاقة المشابهة للمعنى لا يلزم من ارادة المعنى المنقول اليه
في موضع لوجود الدلالة على ما أراد معنى النقل اليه ارادة المعنى المنقول اليه في سائر الصور عند عدم النقل وعليك بالتدبر فان قيل بماذا ثبت
النقل قلنا باستعماله في عرف الشرع في مبادلة متفرع على مبادلة سابقة وتترتب عليه أحكام البيع على ما يفهم من كلام أبي يوسف فعنده

والثاني ان قوله اقلتك العقد في هذا العبد معناه على ذات التقدير بعثك هذا العبد وذلك يقتضي اني سابقة العقد واستدل أبو حنيفة بوجه الله
أن اللفظ ينبي عن الفسخ والرفع كما قلنا فهو حقيقة قيد والاصل اعم بالالفاظ في حقائقها فان تعذر ذلك صير الى المجاز ان أمكن والابطال وهما
لم يمكن أن يجعل مجازا عن ابتداء العقد لانه لا يحتمله لكونها ضده واستعاره أحد الضدين للآخر لا يجوز كما عرف في موضعه فان قيل الاقالة
بيع جديد في حق الثالث ولولم يجعل البيع لم يكن ذلك أجاب المصنف بان ذلك ليس بطريق المجاز اذا ثبت المجاز ثابت بقضية الصيغة وهذا
ليس كذلك اذ لا ولاية لهما على غيرهما لكون افعلهما عاملا في حقه بل هو امر ضروري لانه لما ثبت مثل حكم البيع وهو المالك للبائع تبطل
ظاهرا وموجبه في حق ثالث دونهما (١١٦) لامتناع ثبوت الضدين في محل واحد وتقريره بوجه البسط ان البيع

وضوح لا ثبات المالك قصدا
وزوال المالك من ضروراته
والاقالة وضعت لازالة المالك
وابطاله وثبوت المالك للبائع
من ضروراته فيثبت المالك
لشكل واحد منهما فيما كان
لصاحبه كما ثبت في المبيعة
فاعتبر بموجب الصيغة في
حق المتعاقدين لان لهما
ولاية على أنفسهما فاعتبر
اعتبار الحكم في حق غيرهما
لانه ليس لهما ولاية على
غيرهما ووجه آخر ان
المدعى أن كون الاقالة بيعا
جديدا في حق ثالث ليس
مقتضى الصيغة لان كونها
فرضا يقتضياها فلو كان
كونها بيعا كذلك لزم الجمع
بين الحقيقة والمجاز وهو
محال والجواب لا في حنيفة
رحمه الله عما استدله
أبو يوسف من ثبوت
الاحكام ما قبل الشارع
ببطل الاحكام فلا يغير
الحقائق فانه أخرج دم
الاستحاضة عن كونه حدنا
وفساد الاقالة عند هلاك
المبيع وثبوت حق الشفعة

فتوفر عليه قضيته واذا تعذر يحكم على محتمله وهو المبيع ألا ترى انه يبيع في حق الثالث ولا يفسد رحمه
الله انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو أحد البيع ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب وثبت به
الشفعة وهذه أحكام البيع

وهو المراد بالفسخ اذ حقيقة رفع الواقع عن أن يكون واقعا غير ممكن بعد الدخول في الوجود (فيوفر عليه
قضيته واذا تعذر) الفسخ (يحكم على محتمله وهو المبيع ولا يفسد رحمه الله انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا
هو أحد البيع) وخصوص اللفظ لا عبرة بغاية الامر أنه لم يسم فيه الثمن لانه معلوم كافي التولية وأخذ الدار
بالشفعة (ولهذا تبطل) الاقالة (بهلاك المبيع) بعد الاقالة قبل الرد وجب للذي كان بائعا الرد بالعيب
بالحدث عند المشتري (وهذه أحكام البيع) فاذا ترتبت على شيء كان بيعا غير أنه اذا تعذر جعله بيعا كما اذا
وفعت في منقول قبل قبضه صرنا الى مجازه بيجعله قد صحح كالكلام العاقل ما أمكن وكونه لا يبتدأ عقد البيع
بانشائه ممنوع على قول بعض المشايخ فانه قال يجوز أن يعقد البيع ابتداء بلفظ الاقالة وانتفاؤه في الصحيح

بعد القبض باكثر من الثمن الاول بخلاف جنس الثمن الاول فهو يبيع كما قاله أبو يوسف رحمه الله الا أن لا
يمكن جعله بيعا ولا فسخا في بطل كافي يبيع العرض بالدرهم اذا تقايلا بعد ذلك العرض وكذا اذا تقايلا في
المنقول أو غيره قبل القبض على خلاف جنس الثمن الاول وفي الذخيرة ثم هذا الخلاف الذي ذكرنا في الاقالة
اذا حصل الفسخ بلفظ الاقالة فاما اذا حصل بلفظ المفاضة أو التنازل أو الرد فانها لا تصح بيعا وان أمكن جعلها
بيعا (قوله فتوفر عليه قضيته) أي يوفر على اللفظ ما اقتضاه موضوعه اللغوي وقضية لفظ الاقالة هي هنا
الفسخ والرفع فيجعل في محل ولا يفسد رحمه الله انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو أحد البيع فيجعل
بيعا فان قيل ينتقض هذا بالبيع المبتدأ بهذا اللفظ حيث لا ينعقد البيع بلفظ الاقالة أصلا ولو كان لفظ
الاقالة محتملا لعني البيع لانه قد لا يحتمل لفظه ووجود معنى البيع كما ذكرنا قلنا روي عن بعض
المشايخ انه ينعقد فيمنع ولئن سلمنا الفرق بينهما هو أن قوله اقلتك العقد في هذا العبد بالف درهم ولم يكن
بينهما عقد أصلا تعذر تصحيحها ببيان الاقالة أضيفت الى ماله وجود أعني سابقة العقد قبلها فلم يلزم من ارادة المجاز من اللفظ في
ليس كذلك لان الاقالة أضيفت الى ماله وجود أعني سابقة العقد قبلها فلم يلزم من ارادة المجاز من اللفظ في
موضع لوجود الدلالة على ما أراد من المجاز ارادة المجاز في سائر الصور وعند عدم دالة الدليل على المجاز الى هذا
أشار في العوائد الظهيرية (قوله وهذه أحكام البيع) وهي بطلان الاقالة بهلاك السلعة في يد المشتري
بعد الاقالة والرد بالعيب وثبوت الشفعة بمبادلة على أن الاقالة يبيع فلا استدلال بالاندر على العلة عما يصح اذا
كان الاثر مخصوصا بذلك المؤثر كالاستدلال بالاندر على النار وهذه الاحكام بهذه المشابة لانها لا توجد بدون

ولا ي

من الاستحكام لجاز أن يغير وثبت في ضمن الاقالة وأما الدالة فن الحقائق ولا يخبر بها عن حقيقة التي
هي الفسخ اذا ثبت هذا أي ما ذكر من الاصل نقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول

مجاز شرعي في الفسخ قوله معناه على ذات التقدير بعثك هذا العبد (الح) أقول مستعينا بالله تعالى لا نسلم أن معناه ذلك بل معناه بعثك هذا العبد
الذي كنت بعته معني سابقا فانه ليس مجازا عن مطلق البيع بل عن بيع كائن ببيع يدينه في هذا المحل على ما ينادى عليه كلام المحبب وأيضا
المجاز خلف عن الحقيقة في حق الحكم عند أبي يوسف ويحمد كالحق في علم الاصول (قوله وذلك يقتضي اني سابقة العقد) أقول الاولى أن يقول
لا يقتضي سابقة العقد قوله لانه ليس لهما ولاية على غيرهما) أقول ليس صرفا لموجب البيع عنه

ولابي حنيفة رحمه الله ان اللفظ ينبي عن الرفع والفسخ كما قلنا والاصل اعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد ليجعل عليه عند تعذره لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان وكونه بيعا في حق الثالث أمر ضروري لانه يثبت به مثل حكم البيع وهو المالك لا مقتضى الصيغة ذل ولا ولاية لهما على غيرهما اذا ثبت هذا فنقول اذا شرط الاكثر فالأقالة على الثمن الاول

عدم تقدم البيع وهذا بيع هو فرع بيع سابق فلا يتصور بدون سبقة (ولابي حنيفة رحمه الله ان اللفظ ينبي عن الرفع على ما قلنا الحمد رحمه الله) والاصل اعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية وكونه يثبت به لزوم البيع من الراد بالبيع والهلاك بالنسبة الى ثالث لا يستلزم كونه من حقيقة اذا لزم قد تكون عامة ترتب على حقيقتين مختلفتين فلا تكون الاقالة بيعا لذلك فان قيل فنكون بيعا لثبوت حقيقة معنى البيع فيها وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي لا لثبوت اللوازم الخارجية قلنا انما نريد بالبيع ما كان مفيدا لهذه المبادلة ابتداء لا تراجعا بطريق الرفع كما على الشرع بذلك اي بانه وضع بهذا الاعتبار والارجع الى مجرد الاصطلاح على ان مسمى لفظ البيع هو انه دلة مطلقا شرعا او بقيدان لا يكون تراجعا والاحكام الشرعية تختلف باختلاف الاصطلاح في الالفاظ بقي أمر آخر وهو انهم لم تستعمل في البيع مجازا عند تعذر الفسخ كما قال محمد اوجب عنه بقوله (ولا يحتمل ابتداء البيع ليجعل عليه عند تعذر الفسخ لانه) أي الرفع الذي هو المعنى الحقيقي (ضده) أي ضد العقد أو نقيضه فلا يصح استعماله فيه وهذا طريق الفقهاء لان الاستعمال في الضد انما يكون لتسليم أو تملج وليس ذلك في لفظه أو يكون لمشاكلة اللفظ وقع في صحته كجزء سيئة وليس هنالك (فتعين البطلان وكونه بيعا في حق ثالث) ليس باعتبار جعلنا اياه مجازا عنه ولكن (لا مرض وري) وهو انه لما ثبت (به مثل حكم البيع وهو المالك) تبدل ظهر في حق غيرهما ذل ولا ولاية لهما على غيرهما ليصرفا موجب البيع عنه فيقتصر عليهما ويظهر بيعا في حق غيرهما ولذا يغور مقصود الشارع في بعض الصور كالشفعة شرعت لدفع ضرر الجوار وأخلطه فاذا فرض ثبوت ذلك في عودها الى البائع ولم يثبت حق الشفعة تخلف مقصوده (قوله اذا ثبت هذا) أي هذا الخلاف في هذا الأصل (فنقول) تفرع عليه (اذا شرط) في الاقالة (الاكثر) كان تقايلا على مائة البيع بخمسين (فالاقالة على الثمن الاول) عند

البيع فصح الاستدلال به بخلاف المالك فانه غير مختص بالبيع (قوله ولابي حنيفة رحمه الله ان اللفظ ينبي عن الرفع والفسخ) الى أن قال فتعين البطلان فان قيل اعمال الالفاظ بمعنى من المعاني عند دلالة الدليل عليه أولى من الابطال ثم في لفظ الاقالة لما تعذر اعتبار الحقيقة وجب أن يجعل مجازا عن البيع المستدأ لان اللفظ يحتمله ألا ترى أننا جعلناه بيعا في حق الثالث قلنا أن اللفظ لا يحتمل البيع البتة للتضاد بين اللفظين وضعا فان الفسخ ضد العقد لا محالة واللفظ كيف يجعل مجازا عن ضده وأما في حق ثالث فنحن ما جعلنا اللفظ مجازا عن البيع في حق ثالث ولا يكتفى لما ثبت حكم البيع بهذا اللفظ وهو حصول المالك للبائع تبدل أظهرنا هذا الموجب في حق ثالث فاما في حقهما للفظ اذا لم يكن اعتباره بحقيقة ولا يصح مجازا عن البيع لغاى نفسه كذا في الايضاح وذكري في القوائد الظاهرية ولابي حنيفة رحمه الله أن الاقالة رفع وفسخ والعقدان ثابتان وتحقيق فكاتب بينهما منافاة فلا يمكن أن يستعار أحدهما للآخر والمجاز حيثما يجوز انما يجوز باعتبار اشتراكهما في معنى يوجد فيهما بيانه أن الشجاع يسمى أسدا لاشتراكهما في معنى الشجاعة وأما الجواب لابي حنيفة رحمه الله عما استدلل به أبو يوسف رحمه الله من أحكام البيع في الاقالة على أن الاقالة بيع بدله وجود تلك الأحكام المخصوصة بالبيع قلنا الشارع تبدل الأحكام من حكم الى حكم كعدم الاستحاضة أخرجه عن حكم الحدث ولا يغبر الحقائق وفساد الاقالة عند هلاك المبيع وثبوت حق الشفعة من الأحكام فجاز أن تبدل ويثبت ضمنها للاقالة وأما الاقالة فلا يخبر جهان حقيقة التي هي الفسخ (قوله وكونه بيعا في حق الثالث) جواب سؤال بردي على قول أبي حنيفة رحمه الله

لتعذر الفسخ على الزيادة لان فسخ العدة عبارة عن رفعه على الوصف الذي كان قبله والفسخ على الزيادة ليس كذلك لان فيه رفعه مالم يكن ثابتا وهو محال فيبطل الشرط لا الاقالة لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الشرط يشبه المبالا فيفسد بالفسخ المستحق بعقد المعاوضة خالف عن العوض والاقالة تشبه البيع من حيث المعنى فكان الشرط الفاسد فيها شبهة الشبهة فلا يؤثر في صحة الاقالة كما لا يؤثر في صحة البيع بخلاف البيع فان الزيادة فيه اثبات مالم يكن بالعقد فيه تحقق الربا لان في الشرط شبهة الى باوحي معتبر وكذا اذا شرط الاقل من الثمن الاول لما بيننا من ان رفعه مالم يكن ثابتا محال والنقصان لم يكن ثابتا فرفعها يكون محالا الا ان يحدث في المبيع عيب فجازت الاقالة بالاقل لان الخط يجعل بازاء ما فات بالعيب وصورة هذه المسائل الثلاث ما اذا اشترى جارية بالف درهم وتقابلها بالف درهم صحت الاقالة وان تقابلها بالف ونسماثة صحت بالاقل ولغذا كذا الباقى (١١٨) وان تقابلها بالف الامانة فان لم يدخلها عيب صحت بالف ولغذا النقصان وجب

لتعذر الفسخ على الزيادة اذ رفع مالم يكن ثابتا محال فيبطل الشرط لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لان الزيادة يمكن اثباتها في العقد فيحقق الربا اما لا يمكن اثباتها في الرفع وكذا اذا شرط الاقل لما بيننا الا ان يحدث في المبيع عيب فيثبت الزيادة الاقالة بالاقل لان الخط يجعل بازاء ما فات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند أبي يوسف رحمه الله وعند محمد بن جعفر الله جعله بيعا يمكن فاذا زاد كان فاسدا بهذا البند المبيع وكذا في شرط الاقل عند أبي يوسف رحمه الله لانه هو الاصل عنده وعند أبي حنيفة ويبطل شرط الزيادة (لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة) وانما يبطل لان الاقالة رفع ما كان لا رفع مالم يكن لان رفعه مالم يكن ثابتا محال) ولم يكن الثابت العقد بذلك القدر فلا يتصور رفعه على مائة توضيحه ان رفعه على مائة ترجع الى المشتري والحال انه لم يكن في الوجود العدة قدما مرفوعه مالم يكن له وجود فلا رفع أصلا الا ان أصل العقد له وجود واما عينا بالاقالة غير أن ما زادها فاسد اذ ثبت الرفع برفعها ويبطل الشرط الفاسد الذي زادها (بخلاف البيع) لان الزيادة يمكن اثباتها فيه ويتحقق به الربا ويصير بيعا فاسدا فلا يتصور اثباتها في الرفع (وكذا اذا شرط الاقل) عنده يصح بقدر الثمن الاول (لما بيننا) انه شرط فاسد فيبطل هو ويثبت قدر الاول (الا ان) يكون (حدث) بالمبيع عيب) فيصح بالنقصان جعل الخط بازاء ما فات بالعيب (وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند أبي يوسف وعند محمد بن جعفر الله جعله بيعا وكذا في شرط الاقل عند أبي يوسف يصح به لانه بيع (وعند محمد بن جعفر الله هو فسخ بالثمن الاول) باعتباره مريدا للاول لكنه سكت عن بعضه

على البائع رد الالف عن المشتري وان دخلها عيب صحت الاقالة بما شرط وبصير المخطوط بازاء نقصان العيب لانه لما احتسب عند المشتري جزء من المبيع جاز أن يحتسب عند البائع جزء من الثمن وجواب الكتاب مطلق عن أن يكون الخط بمقدار حصة العيب أو أكثر بمقدار ما يتغابن الناس فيه أو لا وقال بعض المشايخ تأويل المسألة ذلك هذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند أبي يوسف وعند محمد بن جعفر الله جعله بيعا وكذا في شرط الاقل عند أبي يوسف يصح به لانه بيع (وعند محمد بن جعفر الله هو فسخ بالثمن الاول) باعتباره مريدا للاول لكنه سكت عن بعضه

(قوله بخلاف البيع) يتعلق بقوله لتعذر الفسخ على الزيادة أي يتعذر الفسخ على الزيادة ولا يتعذر البيع بالزيادة كما اذا باع درهمين فان البيع يفسد بشروط درهمين ولا يجعل كانه باع درهمين بغيرهم ويبطل الدرهم الزائد حتى يصح البيع لان الزيادة يمكن اثباتها في البيع لانها اثبات مالم يكن ثابتا فيتحقق الربا ولا يمكن اثبات الزيادة في الاقالة لانها لا ترفع ما كان ثابتا ورفعه ما كان زائدا على ما كان محال وهذا يؤيد قول أبي حنيفة ومحمد بن جعفر الله انه افسخ اذ لو كانت بيعا لبطلت بالشرط الفاسد كالبيع (قوله لما بيننا) اشارة الى قوله لتعذر الفسخ على الزيادة لان فسخ العقد عبارة عن رفعه على الوصف الذي كان قبله من غير زيادة ولان نقصان لان في الفسخ على الزيادة رفع مالم يكن ثابتا وفي الفسخ على النقصان يلزم رفع عدم ما كان ثابتا ورفعه المعدم محال فكان في الاقالة على السواء فلذلك بطلت الزيادة والنقصان في الاقالة (قوله الا ان يحدث في المبيع عيب) فيثبت الزيادة الاقالة بالاقل لان الخط يجعل بازاء ما فات

فصل النقصان لانه لو سكت عن جميع الثمن وأقال كان فسخا فهذا أولى واعتراض بأن كونه فسخا اذا سكت عن كل الثمن اما أن يكون على مذهبه خاصة أو على الاتفاق والاول رد المختلف على المختلف والثاني غير ناهض لان أبو يوسف انما يجعله فسخا لانه يتناع جعله بيعا لانتفاء ذكر الثمن بخلاف صورة النقصان فان فيها ما يصلح ثمن فاذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل يعني بالاتفاق لما بيننا أن الخط يجعل بازاء ما فات بالعيب ولو أقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ

(قال المصنف اما لا يمكن اثباتها في الرفع) أقول لفظ اما هنا ليس في مقامه والظاهر أن يقول بدله لكن (قوله والاول رد المختلف على المختلف) أقول رد المختلف على المختلف ليس بمحذور عنده وله نظائر في هذا الكتاب مع ان المقصود من هذا الكلام اثبات أن ذلك مذهب فليتامل (قوله معنى بالاتفاق) أقول اتفاق أبي يوسف لا يخلو عن بحث لعدم ظهور المانع من البيع

بالثمن الاول عند أبي حنيفة وتجعل التسمية لغوا وعندهما يبيع لما بيناه من وجه كل (١١٩) واحد منهما في فصل الزيادة ولو ولدت

المبيعة ثم تقايلا بطلت الاقالة
عنده لان الولد مانع من
الفسخ هذا اذا ولدت بعد
القبض أما اذا ولدت قبله
فالاقالة صحيحة عنده وحاصله
ما ذكره في الذخيرة ان
الجارية اذا ازدادت ثم تقايلا
فان كان قبل القبض صححت
الاقالة سواء كانت الزيادة
متصلة كالسمن والجمال أو
منفصلة كالولد والارث
والعقر لان الزيادة قبل
القبض لا تمنع الفسخ منفصلة
كانت أو متصلة وان كانت
الزيادة بعد القبض ان
كانت منفصلة فالاقالة باطلة
عند أبي حنيفة لانه
لا يصحها الاخذوا وقد تعذر
حقا للشرع وان كانت
متصلة فهي صحيحة عنده
لانها لا تمنع الفسخ بزمان
له الحق في الزيادة بطلان
حقه فيها والتقاليد دليل
الرضا فامكن تصحيحها فسخا
والاقالة في المنقول قبل
القبض فسخ بالتفاني
لا تمنع البيع وأما في غيره
كالعقار فانه فسخ عند أبي
حنيفة ومحمد رحمه الله وأما

عند أبي يوسف فيبيع
لبواز البيع في العقار قبل
القبض عنده قال (وهلاك
الثلث لا يمنع صحة الاقالة
الح) هلاك الثلث لا يمنع
صحة الاقالة وهلاك المبيع
يمنع منها لان رفع البيع
يستدعي قيام البيع فان رفع
المعوم محال وقيام البيع
بالمبيع دون الثمن لان
الاصل هو المبيع ولهذا شرط وجوده عند البيع بخلاف الثمن لانه بمنزلة الوصف ولهذا جاز العتدوان لم يكن موجودا كما عرف في الاصول

بالحسين الاول عند أبي حنيفة وتجعل التسمية لغوا وعندهما يبيع لما بيناه من وجه كل (١١٩) واحد منهما في فصل الزيادة ولو ولدت

المبيعة ثم تقايلا بطلت الاقالة

محمد رحمه الله هو فسخ بالثمن الاول لا سكوت عن بعض الثمن الاول ولو سكوت عن الكل وأقال يكون فسخا فهذا
أولى بخلاف ما اذا زاد واذا دخله عيب فهو فسخ بالقل لما بيناه ولو أقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ
بالثمن الاول عند أبي حنيفة رحمه الله ويجعل التسمية لغوا وعندهما يبيع لما بيناه ولو ولدت المبيعة ولدت ثم تقايلا
فالاقالة باطلة عنده لان الولد مانع من الفسخ وعندهما تكون بيعا والاقالة قبل القبض في المنقول وغيره
فسخ عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله كذا عند أبي يوسف رحمه الله في المنقول لتعذر البيع وفي العقار
يكون بيعا عنده لا مكان البيع فان بيع العقار قبل القبض جائز عنده قال (وهلاك الثلث لا يمنع صحة الاقالة
وهلاك المبيع يمنع منها) لان رفع البيع يستدعي قيامه وهو قائم بالمبيع دون الثمن

(ولو سكوت عن الكل) بان قال أقلتلك (يكون فسخا) عليه فاذا سكوت عن بعضه (أولى بخلاف ما اذا زاد
ولو دخله عيب فهو فسخ بالقل لما بيناه) من جعل الخط بازاء ناقص من العيب * (فرع) * باع صائونا
وطبا ثم تقايلا بعد ما جف نقص وزنه لا يجب على المشتري شيء لان كل المبيع باق (قوله ولو أقال غير الثمن
الاول) بان كان دراهم فاقال على دينار تبلغ قيمتها قدرها (فهو فسخ بالثمن الاول عند أبي حنيفة وتجعل
التسمية لغوا وعندهما يبيع لما بيناه) أنه عند أبي يوسف يبيع وعند محمد اذا تعذر جعله فسخا جعل بيعا
(قوله ولو ولدت المبيعة ولدت) يعني بعد القبض (ثم تقايلا فالاقالة باطلة عنده لان الولد) زيادة منفصلة
والزيادة المنفصلة اذا كانت بعد القبض يتعذر معها الفسخ حقا للشرع بخلاف ما قبل القبض والحاصل
أن الزيادة متصلة كانت كالسمن أو منفصلة كالولد والارث والعقار اذا كانت قبل القبض لا تمنع الفسخ
والرفع ان كانت بعد القبض متصلة فكذلك عنده وان كانت منفصلة بطلت الاقالة لتعذر الفسخ معها والاقالة
لا تصح على قوله الا فسخا (وعندهما تكون بيعا) ومن ثمرات الخلاف أنهم قالوا تقايلا في منقول فقبض أن
يسترد المبيع من المشتري باعه من المشتري نائبا جازا لبيع خلافا لأبي يوسف لان الممتنع البيع قبل القبض
في البيع لا الفسخ ولو باعه من غير المشتري لا يجوز ان تقا له يبيع في حق الغير ولو كان غير منقول جاز بيعه
من غير المشتري في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد كونها بيعا في حق غيرههما في مواضع أيضا منها أن
المبيع لو كان عقاره شفعه فسلم الشفعة في أصل البيع ثم تقايلا وعاد الى ملك البائع للشفيع أن يطلب
الشفعة في الاقالة انفاقا ومنها أن المبيع لو كان صرفا كان التقاض من الجانبين شرطا في صحة الاقالة لانه
مستحق الشرع فكانت بيعا جديدا في حق الشرع ومنها أنه لو اشترى شيئا فقبضه قبل نقد الثمن فباعه من
آخر ثم تقايلا وعاد الى المشتري ثم ان البائع اشتراه من المشتري بأقل من الثمن قبل النقد جاز ويجعل في حق
البائع كانه ملكه بسبب جديدها أن السلعة لو كانت هبة في يد البائع ثم تقايلا فليس للواهب الرجوع على
البائع لان البائع في حق الواهب كانه اشتراه (قوله وهلاك الثلث لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها)

بالحسين الاول عند أبي حنيفة وتجعل التسمية لغوا وعندهما يبيع لما بيناه من وجه كل (١١٩) واحد منهما في فصل الزيادة ولو ولدت

المبيعة ثم تقايلا بطلت الاقالة

عنده قال (وهلاك الثلث لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها)

تود الامانة علي واعلم ان الاق

(باب المراجعة والتولية)

الاقالة أيضا والفرق بين المقايضة والصرف ان هلاك البهدين في الصرف غير مانع من الاقالة وفي المقايضة مانع أنه في الصرف لا يلزمه رد المقبوض بعد الاقالة بل رده أو مثله فلم تتعلق الاقالة بهيئته ما فلا تبطل بهلاكهما بخلاف غيره من المبيعات فإنه يتعلق بعين المبيع ولو تقايلا السلم ورأس المال مما لا يتعين قائم في يد المسلم اليه رده وان كان هالكاً فاعلى عليه رده ولو تقايلا به بعد ما قبض المسلم فيه وهو قائم في يد رب السلم وصحت وعلى رب السلم رد عين ما قبضه لان المقبوض بعقد السلم وان كان عقداً على دين معين ورد عليه العقد ولهذا يجوز بيعه مرا بجهة على رأس المال ذكره الاسيحي (فروع) * ما يمنع الرد بالعيب يمنع الاقالة ولذا اذا هلكت الزيادة المتصلة أو المنفصلة أو استهلكها أجنبي تنوقف الاقالة على القبول في المجلس ويجوز الاقالة من الوكيل بالبيع والسلم في قول أبي حنيفة ومحمد كالأبراهيمي يوسف واقالة الوكيل بالشراء لا تجوز بالاجماع وفسخ الموكل مع المشتري جائز في جميع التفاريق اقالة الوارث جائزة وأطلق في الجامع جواز اقالة الوصي وهو مريد بما اذا لم يبيع باكثر من القيمة فان باع باكثر منها لا تصح اقالته وكذا المتولي أيضاً لو اشترى بأقل من القيمة ليس له الاقالة ولو كان الثمن عشرة دنانير ودفع اليه الدراهم عوضاً عن الدينانير ثم تقايلا وقد رخصت الدراهم وجب بالدينانير التي وقع العقد عليها لا بما دفع وكذا لو رد بالعيب وكذا في الاجارة ولو فسخت ولو عقداً بدهم ثم كسدت ثم تقايلا فإنه يرد تلك الدراهم اليه كسادة ولو عقداً بشئ من مؤجل ثم جدد بحال أو على القلب انفسخ الاول وكذا لو عقداً بدهم ثم جدد بدينانير أو على القلب أما لو جدد بدهم أكثر وأقل فلا وهو حط من الثمن أو زيادة فيه وفالو باع باثنى عشر وحط عنه درهمين ثم عقداً بعشرة لا ينفسخ الاول لانه مثله اذا لحط يلحق بأصل العقد الا في المين فيجوز لو كان حلف لا يشتر به باثنى عشر درهما ولو قال المشتري بعد العقد قبل القبض للبائع به لنفسك فان باعه جازوا انفسخ الاول ولو قال بعته الى أولم يرد على قوله بعته أو زاد قوله بمن شئت لا يصح في الوجوه لانه لو كيل ولو باع المبيع من البائع قبض البائع لا ينفسخ البيع ولو وهب قبل القبض انفسخ يعني اذا قبل ولو قال البائع قبل القبض اعتهق فاعتق جاز العتق عن البائع وانفسخ البيع عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف العتق باطل وفي الفتاوى الصغرى بخود ما عدا النكاح فسخ وعليه ما فرغ في فتاوى فاضل خان وغيرهما باع أمته فأنكر المشتري الشراء لا يحل للبائع وطؤها الا ان عزم على ترك الخصومة فيحل له حينئذ وطؤها لان بخود المشتري فسخ في حقه واذا عزم على ترك الخصومة فقد تم الفسخ منها وكذا لو أنكر البائع البيع والمشتري يدعي لا يحل للبائع وطؤها فان ترك المشتري الخصومة وسمع البائع بذلك حل له وطؤها ومثله لو اشترى جارية بشرط الخيار ثلاثة أيام وقبضها ثم رد على البائع جارية أخرى في أيام الخيار وقال هي التي اشترى بها وقبضتها كان القول له لانه أنكر قبض غيرها فان رضى البائع بها حل وطؤها لان المشتري لم يرد أخرى فقد رضى بذلك البائع الثانية بالاولى فاذا رضى البائع بذلك تم البيع بينهما بالتعاطي وكذا العار والاسكاف وكذا لو اشترى شيئاً مما يتسارع اليه الفساد كاللحم والسمك والفاكهة وذهب المشتري الى بيته ليجي به بالثمن فطال مكثه وخاف البائع فساد كانه أن يديه من غيره استحساناً والمشتري منه أن يتفقه به وان كان يعلم ذلك لان البائع رضى بانفساخ البيع الاول والمشتري كذلك ظاهر ثم ينظر ان كان الثمن الثاني أكثر من الاول فعليه أن يتصدق بالزيادة وان كان انقص فالنقصان على البائع اعلى المشتري الاول ولو اختلف البائع والمشتري فقال المشتري بعته من البائع بأقل من الثمن الاول قبل نقده وفسد البيع بذلك وقال البائع بل قلنا به فالقول للمشتري مع عينه في أنكار الاقالة فان كان البائع هو الذي يدعي انه اشتراه من المشتري بأقل مما باعه والمشتري يدعي الاقالة يحلف كل على دعوى صاحبه

(باب المراجعة والتولية)

الماضي اعتباراً بالبيع ولهما أن الاقالة لا تكون الا بعد نظر وتامل فلا يكون قوله أقلني مساومة بل كان تحقيقاً للتصرف كما في النكاح وبه فارق البيع وأنه أعلم بالصواب *(باب المراجعة والتولية)*

(باب المراجعة والتولية)

لمافرغ مما يتعلق بالأصل

(باب المراجعة والتولية)

وهو المبيع من البيوع اللازمة وغير اللازمة وما يرفعها مشرع في بيان الأنواع التي تتعلق بالثمن من المراجعة والتولية وغيرهما وقد ذكرنا في أول البيوع وعند تفصيلها وهذا موضعه وعرف المراجعة بنقل مملوكة بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح واعتراض عليه بأنه غير مطرد ولا منعكس أما الأول فلا من اشتري دنائير بالدرهم مراجعة لا يجوز بيع الدنانير مراجعة مع صدق التعريف عليه وأما الثاني فلا من المصوب الآتي إذا عايد بعد القضاء بالقيمة على الغاصب جاز بيعه من الغاصب مراجعة والتعريف ليس بصديق عليه لأنه لا عقد فيه وبأنه مشتمل على إهمام يجب عنه من المراجعة وبذلك لأن قوله بالثمن الأول إما أن يراد به عين الثمن الأول أو مثله لا سيبل إلى الأول لأن عين الثمن الأول صار ملكاً للبائع الأول فلا يكون عينه (١٢٢) مراداً في البيع الثاني ولا إلى الثاني لأنه لا يخلو إما أن يراد بالمثل من حيث الجنس أو

قال (المراجعة نقل مملوكة بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح

(قوله المراجعة نقل مملوكة بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح والتولية نقل مملوكة بالعقد الأول بالثمن الأول من غير زيادة ربح) أو رد عليه ما لو باع دنائير اشتراها بدرهم مراجعة لا يجوز مع صدق التعريف عليه وأوجب عنه في بعض المواضع بأنه يبيع مراجعة وكونه لا يجوز شيء آخر وأعلم أن معنى السؤال المراجعة جائرة بلا استثناء شيء وهذا مما صدقته فيجب أن يجوز لكنه لا يجوز والجواب عنه بأن المراد نقل مملوكة مما هو يبيع متعين بدلالة قوله بالثمن الأول فإن كون مقابله شيئاً مطلقاً يبعد أن مملوكة بالضرورة مبيع مطلقاً ثم اتهم تجز المراجعة في ذلك لأن بدلي الصرف لا يتعينان فلم يكن عين هذه الدنانير متعينة لتلزم مبيعاً والذي يلزم وروده على التقدير الذي صحناه إلا راداً ما إذا اشتراه بثمان نسبية لا يجوز أن يربح عليه مع أنه يصدق التسليم بالثمن الأول الآن يقال إذا كان فيه أجل فالثمن الأول بمقابلة شيئ فلم يصدق في أحدهما أنه يمثل الثمن الأول والحق أنه وارد على الطرد وكون المراجعة غير صحيحة هو معنى عدم وجودها شرعاً فيرد السؤال وعلى عكسه مسائل الأولى ما إذا بق العبد المصوب فقضى بقيمته على الغاصب ثم عاد للغاصب أن يبيعه مراجعة على القيمة التي أداها فهذا يبيع مراجعة ولا يصدق عليه نقل مملوكة بالثمن الأول وكذا إذا باعه مراجعة بمقام عليه وكذا لو ملكه بمدة أو وارث أو وصية وقومه قيمته ثم باعه مراجعة على تلك القيمة أنه يجوز وصوره هذه المسئلة أن يقول قيمته كذا أو رقة كذا فأرابطك على القيمة أو رقه ومعنى الرقم أن يكتب على الشوب المشتري مقداره سواء كان قدر الثمن أو أزيد ثم يربحه عليه وهو إذا قال رقه كذا وهو صادق لم يكن خائفاً فإن عين المشتري فيه فن قبل جهله وأوجب بما حصله أن الغصب ملحق بالمعاوضات ولذا صح إقرار المأذون به لما كان إقراره بالمعاوضات جائزاً فالقيمة بالقضاء بها بمنزلة الثمن الذي اشتري به وصرح في الفتاوى الكبرى في مسئلة الغصب أنه يقول قام على بكذا وجواب الثانية يأتي في هذا الكتاب والثالثة ما ذكرنا من أن مبنى المراجعة على عدم الخيانة وهو إذا قال قيمته كذا أو رقه كذا وهو صادق لم يكن خائفاً والحق أنه لا بدفع ماعلى عكس الحد وهو أن المراجعة نقل مملوكة بالثمن الأول مع زيادة ربح ولا ثمن سابق أصلاً والله أعلم وبما يرد أيضاً ما إذا كان رأس المال عبداً مثلاً فباع المبيع مراجعة على العبد بمن صا إليه العبد يربح معين فانه يجوز مراجعة ولا يصدق عليه أنه يمثل الثمن الأول فانه بعينه لا بمثله وبحجاب بان البياعات بحسب الثمن الذي يذ كر بمقابلة السلعة أنواع أربعة المساومة وهي التي لا يلتفت إلى الثمن السابق ومنها يبيع الوضعية وهو البيع بأقل من الثمن الأول ومنها المراجعة ومنها التولية وقولنا بحسب الثمن الذي يذ كر بمقابلة السلعة يخرج الصرف (قوله المراجعة نقل مملوكة) أي من السلع لأنه إذا اشتري بالدرهم الدنانير لا يجوز بيع الدنانير بعد ذلك مراجعة المسئلة في فتاوى قاضيخان رحمه الله (قوله

المقدار والأول ليس بشرط لما ذكر في الإيضاح والمحيط أنه إذا باعه مراجعة فإن كان ما اشتراه به مثلاً جاز سواء جعل الربح من جنس رأس المال الدرهم من الدرهم أو من غير الدرهم من الدنانير أو على العكس إذا كان معلوماً يجوز به الشراء لأن الكل ثمن والثاني يقتضي أن لا يضم الرأس المال أجرة القضاء والصباغ والطرز وغيرها لأنها ليست بثمن في العقد الأول على أن الثمن ليس بشرط في المراجعة أصلاً فانه لو ملك ثوباً بمدة أو وصية فقومه ثم باعه مراجعة على تلك القيمة جاز والمسئلة في المبسوط قبيل فعلى هذا الأولى أن يقال نقل مملوكة من السلم بما قام عنده

(قوله من البيوع اللازمة وغير اللازمة) أقول من الذي فيه الخيار ومن القاسد (قوله أما الأول إلى قوله فلا من المصوب) أقول المسئلة في قاضيخان (قوله

وذلك لأن قوله بالثمن الأول الخ) أقول

الثمن الأول غير متعين فكيف تكون عينه ملكاً للبائع وبشبهه عليه تعليل عدم جواز المراجعة في الصرف والأولى أن يقول لا سيبل إلى الأول إذ لا يتصور ذلك (قوله من جنس رأس المال الدرهم) أقول قوله الدرهم بدل من رأس المال (قوله من الدرهم) أقول بيان الجنس (قوله أو من غير الدرهم) أقول عطف على من جنس (قوله من الدنانير) أقول بيان لغير (قوله أو على العكس الخ) أقول بأن يكون رأس المال دنائير ولا يخفى عليك أن ما نقله من ذينك السكاكين إنما يدل على عدم اشتراط مسألة الربح لرأس المال جنساً لا على عدم شرطية مسألة الثمن الثاني للتولية في الجنس

والتولية

والجواب عن الاول اننا لنسلم صدق التعريف عليه فانه اذا لم يجز البيع لا يصدق عليه النقل وعن الثاني بان المراد بالعقد أنهم من أن يكون ابتداء أو انتهاء واذ قضى القاضي بالقيمة عاد ذلك عند احتيا لا يقدر المالك على رد القيمة وأخذ المصوب والمراد بالمثل هو المثل في المقدار والعادة جرت بالخلاف ما يزيد في المبيع أو قيمته إلى رأس المال فكان من جهة الثمن الاول عادة واذ لم يكن الثمن نفسه مراداً يجعل مجازاً عما قام عنده من غير خيانة فتدخل فيه مسألة المبسوط وانما عبر عنه بالثمن لكونه العادة الغالبة في (١٢٣) المباحث فيكون من باب ترك الحقيقة للعادة (قوله والتولية نقل

مملكته بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح) والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة الى هذا النوع من البيع لان الغبي الذي لا يمتدى في التجارة يحتاج الى أن يعتمد فعل الملهدي وتطبل نفسه بمثل ما اشترى ويزاد ربحه فوجب القول بجوازهما ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم لما أراد الهجرة ابتاع أبو بكر رضي الله عنه بعيرين فقال له النبي صلى الله عليه وسلم واني أحدهما فقال هو لك بغير شيء فقال عليه الصلاة والسلام

هذا العبد في حكم عبد آخر لان اختلاف الاسباب وجب اختلاف الاعيان (قوله والبيعان جائزان) استدل على جوازهما بالمعنى وعلى التولية بالنص فقال ان النبي صلى الله عليه وسلم الى آخره وفي التولية أحاديث لا شبهة فيها منها ما أخرجه عبد الرزاق أخيراً ما عمن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب عن النبي صلى الله عليه وسلم قال التولية والاقالة والشركة سواء لا بأس به ولا خلاف في مرسل سعيد أخيراً ما بن جريح عن ربيعة عن النبي صلى الله عليه وسلم حد يثام مستغاضا بالمدينة قال من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه ويستوفيه الا أن يشرك فيه أو يوليه أو يعيله وحديث أبي بكر الذي ذكره المصنف في البخاري عن عائشة وفيه ان أبا بكر قال للنبي صلى الله عليه وسلم خذ باني أنت وأخي إحدى راحتي هاتين فقال صلى الله عليه وسلم بالثمن أخرجه في بدء الخلق وفي مسند أحمد قال صلى الله عليه وسلم قد أخذتم بالثمن وفي الطبقات لابن سعد وكان أبو بكر قد اشتراها بشماخائة درهم من نعم بن قشير فأخذها منها وهي القصواء فباراه المصنف يصح بالمعنى وتفصيله قريب مما ذكر ابن اسحق في السيرة قال فيها فلما قرب أبو بكر الراحلتين الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم أفضلهما ثم قال له اركب فذلك أبي وأخي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا أركب بعيراً ليس لي قال فلهي لك يا رسول الله قال لا ولكن بالثمن الذي ابتعته به قال كذا وكذا قال قد أخذتم بذلك قال هي لك يا رسول الله فركبا وانطلقا ذكر السهيلي عن بعض أهل العلم انه سئل لم يقبلها الا بالثمن وقد أنفق عليه أبو بكر أضاع ذلك وقد دفع اليه حين بنى بعائشة ثنتي عشرة أوقية حين قال له أبو بكر ألا تبني باهلك يا رسول الله فقال لولا الصدق دفع اليه ثنتي عشرة أوقية ونشأوا والنس هنا عشر ودرهما فقال انما فعل تكون الهجرة منه صلى الله عليه وسلم بنفسه وماله ورجية منه صلى الله عليه وسلم في استكمال فضل الهجرة الى الله تعالى وان يكون على أتم أحوالها وهو جواب حسن وأما المعنى فهو قوله (لاستجماع شرائط الجواز) ولم يكف ثبوت الشرائط في الشرعية أفاد علنها بقوله (والحاجة ماسة الى هذا النوع من التصرف لان الغبي الذي لا يمتدى في التجارة يحتاج الى أن يعتمد) على (فعل الملهدي وتطبل نفسه بمثل ما اشترى ويزاد ربحه فوجب القول بجوازهما) ولا يخفى انه لا يحتاج الى دليل خاص لجوازهما بعد الدليل المثبت لجواز البيع مطلقاً

بالعقد الاول) أي بما ملكه لان من غصب عبداً أو بق العبد من يد الغاصب وقضى القاضي بالقيمة ثم عاد العبد للغاصب أن يبيع العبد ما يبعه على القيمة التي أداها الى مالكه هذه المسئلة أيضاً في فتاوى قاضخان (قوله بالثمن الاول) أي بما قام عليه لانه لو ضم الى الثمن الاول أجرة القصار والصباغ والطراز والغسل جاز ولانه لو ملك أصل الثوب بعير أو هبة أو وصية فقومه بقيمة ثم باعه ما يبعه على تلك القيمة جاز والمسئلة في المبسوط (قوله ولهذا كان مبناهما) ايضاح لقوله يحتاج الى أن يعتمد فعل الذي (قوله وعن شبهتها)

(قوله والجواب عن الاول) قوله اننا لنسلم صدق التعريف عليه الخ أقول فيه بحث فانه لا يجوز البيع الفاسد ويصدق به مبادلة المال بالمال ويجوز أن يقال المعرف ههنا المراجعة الصعبة والمراد بالنقل هو

النقل الصحيح الشرعي لان المطلق ينصرف الى الكامل ثم أقول ويمكن أن يجاب عن أصل الاعتراض الاول بان يقال المراد بما ملكه هو المملوك المعهود الذي كان الكلام الوهنا فيه أعني السلع أو المراد بالعقد الاول العقد المعهود الذي كنا نكلم فيه وهو يبيع العين بالثمن فان السلم والصرف لم يسبق الكلام فيهما والفرق بين الجوابين ظاهر فان الاول أشمل (قوله واذ لم يكن الثمن نفسه مراداً يجعل مجازاً الخ) أقول لا بد لمجاز من قر ينتهي غير ظاهرة هنا

والاحترار عن الخيانة وشبهها أو كدبقوله والاحترار عن الخيانة وأصاب لاقتضاء المقام ذلك وعن هذا لم تصح المراجعة والتولية فيما إذا كان الثمن الاول من ذوات القيم لان المعادلة والمماثلة في ذوات القيم انما تعرف بالحزروا الظن فكان فيه شبهة عدم المماثلة بشبهة الخيانة كمال تجز المجاز في الاموال الربوية لذلك وكل (١٢٤) ما حرم ما يشبهه لان الحرمة مما يحاط فيه قال (ولا تصح المراجعة والتولية حتى يكون

والسلام أما بغير ثمن فلا قال (ولا تصح المراجعة والتولية حتى يكون العوض ماله مثل) لانه اذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة (ولو كان المشتري باعه مرابحه من ذلك البديل وقد باعه بربح درهم أو بشئ من المكمل موصوف جاز) لانه يقدر على الوفاء بما التزم (وان باعه بربح يزداد لا يجوز) لانه باعه برأس المال ويبعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال

بما تراضيا عليه بعد أن لا يخل بما علم شرط العوض بل دليل شريطة البيع مع مطلقا بشرطه المعلوم هو دليل جوازهما اذا زادت فيهما الا فترهما باخبار خاص اذ حاصله أنه يبيعه بثمن كذا خبر أن ذلك الثمن الذي اشترى به أو مع زيادة لأرضي بدونه ما ومن معرفته شرط صحة البيع يعلم المذكور بقوله (ولا تصح المراجعة والتولية حتى يكون العوض) يعني الثمن (بماله مثل) كالنقدين والحلقة والشعير وما يكال ووزن والعددي المتقارب بخلاف غير المتقارب كالبطيخ والرومان ونحوهما (لانه لو لم يكن له مثل) بان اشترى ثوبا بعدد مقايضة مثلا لورابحة أو ولاء ياه كان يباع بقيمة عديمة قيمة كذا أو بقيمة تبدأ وهي مجهولة وذلك معلوم أنه لا يجوز ما لو كان ما اشتراه به وصل الى من يبيعه منه فربح عليه بربح معين كأن يقول أبيعك مرابحة على الثوب الذي يبيدك و ربح درهم أو كرشعير أو ربح هذا الثوب (جاز لانه يقدر على الوفاء بما التزمه) من الثمن بخلاف (مالو باعه) والحالة هذه (ربح يزداد) فانه (لا يجوز لانه باعه برأس المال ويبعض قيمته) فان معنى يزداد عشرة أو عشرة عشر وهذا فرع معرفته عدد العشرات وهو بتقويم العبد وهذا بناء على ان لفظة يزداد ومعناه العشرة أحد عشر أي كل عشرة بربحها واحد يقتضي ان يكون الحادي عشر من جنس العشرة ولا شك انه غير لازم من مفهوم ذلك ولكن لزوم ذلك فعلا للجهالة ولا يثبت حينئذ فالمرابحة على العبد يزداد تقتضي انه باعه بالعبد ويبعضه أو بمثل بعضه وهو كل عشرة أجزاء من العبد ربحها جزء آخر من نفسه وحين عرف ان المراد كل عشرة دراهم أحد عشر لزوم حينئذ ما ذكر وهو انه باعه

حتى اذا اشترى الى أجل ليس له أن يبيعه مرابحة الا بالبيان (قوله ولا تصح المراجعة والتولية حتى يكون العوض ماله مثل) أي يكون العوض من ذوات الامثال فان لم يكن لكن المشتري ملك ذلك العوض الاول فينقد تصح لانه اذا لم يكن له مثل ولم يملكه أيضا فاشتراه مرابحة أو تولية يكون مشتريا بالقيمة وهي مجهولة لانها تعرف بالحزروا الظن فتبين شبهة الخيانة وأنه مانع من بيع المراجعة والتولية فاما اذا كان مال كالمالك ذلك العوض فاشتراه أو اشتراه به بربح درهم صغر صورته أن يشترى رجل عبدا بثوب فسلم الثوب وقبض العبد ثم ان باع العبد ملك الثوب من آخر فاشترى العبد باع العبد من الذي ملك الثوب بذلك الثوب بربح درهم أو فغير حنطة جاز وكذلك ان باع العبد من البائع الاول بذلك الثوب بربح درهم أو فغير حنطة جاز ولو اشتراه بذلك العوض بربح يزداد وهو مال ذلك العوض لا يجوز لانه اشتراه به وجزء من قيمته وذلك يستدرك بالحزروا ظن فكان مجهولا وانما قلنا ذلك لان هذا اللفظ وهو ربح يزداد انما يستعمل فيما اذا قام له الساعة بعشرة يبيعهها باحد عشر من جنس ذلك الثمن الذي اشترى السلعة به والثمن هنا هو الثوب ليس من ذوات الامثال بل من ذوات القيم فيصير حينئذ باع العبد بذلك الثوب وجزء من أحد عشر جزءا من الثوب والجزء الحادي عشر لا يعرف الا بالقيمة فيكون باعها بالثوب ويبعض قيمته والقيمة مجهولة فلا يجوز وكذا لو باع العبد من لا يملك الثوب بربح يزداد لا يجوز ومعنى قولنا بربح يزداد أي بربح مقدار درهم على

العوض بماله مثل الخ) لا تصح المراجعة والتولية في ذوات القيم لما ذكرنا آنفا ان مبناهما على الاحتراز عن الخيانة وشبهها والاحتراز

عن الخيانة في القيم ان أمكن وقد لا يمكن عن شبهها لان المشتري لا يشترى المبيع الا بقيمة ما وقع فيه من الثمن اذا لم يكن دفع عنه حيث لم يملكه ولا دفع مثله اذا فرض عدمه فتعين القيمة وهي مجهولة تعرف بالآزر والظن فيمكن فيه شبهة الخيانة الا اذا كان المشتري باعه مرابحة من ملك ذلك البديل من البائع الاول بسبب من الاسباب فانه يشترى به مرابحة بربح معلوم من دراهم أو شئ من المكمل والوزن الموصوف لاقتضاده على الوفاء بما التزم وأما اذا اشتراه بربح يزداد مثلا أي بربح مقداره درهم على عشرة دراهم فان كان الثمن الاول عشرين وهما كان الربح درهمين وان كان ثلاثين كان ثلاثة دراهم فانه لا يجوز لانه اشتراه برأس المال ويبعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال فصار البائع باع المبيع بذلك الثمن

القيمي كالشوب مثلا أو بجزء من أحد عشر جزءا من الثوب والجزء الحادي عشر لا يعرف الا بالقيمة وهي مجهولة فبلا يجوز ثم الثمن الاول ان كان نقدا البلد فالربح ينصرف اليه وان كان غيره فلا يخلو اما أن يطلق الربح أو ينسب الى رأس المال فان كان الاول كذا قال بعتك بالعشرة بربح درهم فالربح من نقد البلد وان كان الثاني كقوله بعتك بربح العشرة أو يزداد فالربح من جنس الثمن الاول لانه عرفه بالنسبة اليه فكان على صفته

(و يجوز أن يضيف الرأس المال أجرة القصار والطاراز والغزل وأجرة حل الطعام) لأن الغرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال في عادة التجار ولأن كل ما يزيد في المبيع أو في قيمته يلحق به هذا هو الاصل وما عدناه بهذه الصفة لأن الصبغ واخوانه يزيد في العين والحل يزيد في القيمة إذا القيمة تختلف باختلاف المكان (و يقول قلم على بكذا ولا يقول اشترى بكذا) كي لا يكون كاذبا وسوق الغنم بمنزلة الحل بخلاف أجرة الراعي وكراهيت الحفظ لانه لا يزيد في العين والمعنى وبخلاف أجرة التلميم لان ثبوت الزيادة المعنى فيه وهو هذا قوله

باعتدو ببعض قيمته * (ومن فروع ذلك) * اشترى عبدا بعشرة بخلاف نقد البلد و باعه بربح درهم فالعشرة مشمل ما نقد والربح من نقد البلد اذا أطلقه لأن الثمن الاول يتعين في العقد الثاني والربح مطلق فينصرف الى نقد البلد فان نسب الربح الى رأس المال فقال بعثك بربح العشرة أحد عشر أو بربحه يازد فالربح من جنس الثمن لانه عرفه بنسبته اليه وفي المحيط اشترى بنقد نيسابور وقال ببلغ قلم على بكذا أو باعه بربح مائة أو بربحه يازد فالربح ورأس المال على نقد ببلغ الان يصدق المشتري انه نقد نيسابور أو تقوم بينة واذا كان نقد نيسابور في الوزن والجودة دون نقد ببلغ ولم يبين رأس المال والربح على نقد نيسابور وان كان على عكسه واشترى ببلغ بنقد نيسابور ولم يعلم أنه أوزن وأجود فهو بالخيار ان شاء أخذ وان شاء ترك واعلم ان المعتبر في المراءى هو ما وقع العقد الاول عليه دون ما دفع عوضا عنه حتى لو اشترى بعشرة قد دفع عهدا يما أو ثوبا بقيمته عشرة أو أقل أو أكثر فان رأس المال هو العشرة لا الدينار والثوب لأن وجوب هذا بقدر آخره والاستبدال (قوله ويجوز أن يضيف الى رأس المال أجرة القصار والصبغ) اسود كان الصبغ أو غيره (والطاراز والغزل وأجرة حل الطعام) برأ أو يحرا (لأن العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال في عادة التجار والاصل ان كل ما يزيد في المبيع أو في القيمة يلحق به) أي برأس المال (وما عدناه بهذه الصفة لأن الصبغ واخوانه) من الطراز والغزل (يزيد في العين والحل) من مكان الى مكان (يزيد في القيمة لان اختلاف القيمة باختلاف الاماكن) قال في الايضاح هذا المعنى ظاهر ولكن لا يشي في بعض المواضع والمعنى المعتمد عليه عادة التجار حتى يتم المواضع كلها (و) اذا ضم ما ذكر (يقول قلم على بكذا ولا يقول اشترى بكذا) كذا زاعن الكذب وسوق الغنم (والبقير) كالحمل يضمه (بخلاف أجرة الراعي والبيت للحفظ لانه لا يزيد في العين) ولا القيمة فلا يضم وكذا سائق الرقيق وحافظهم وحافظ الطعام والمتاع بخلاف سائق الغنم (و) كذا (أجرة تعليم العدد) صناعة أو قرآنا أو علما أو شعرا (لأن ثبوت الزيادة المعنى فيه) أي في المتعلم (وهو هذا قوله) فلم يكن ما أنفق على المعلم موجبا للزيادة في المالبة ولا يخفى ما فيه اذ لا شك في حصول الزيادة بالتعلم ولا شك انه مسبب عن التعليم عادة وكونه يساعد القابلية في المتعلم هو كقابلية الثوب للصبغ فلا تمنع نسبته الى التعليم كذا تمنع نسبته الى الصبغ فانه هو شرط والتعليم علة عادية فكيف لا يضم وفي المبسوط أضاف نفق في التعليم الى أنه ليس في معرف قال

عشرة دراهم فان كان الثمن الاول عشرة كان الربح درهما وان كان عشرة بن كان الربح درهماين وان كان الربح ثلاث دراهم فتسمى بربحه يازده تقتضي أن يكون الربح من جنس رأس المال لانه جعل الربح مثل عشر الثمن وعشر الشيء يكون من جنسه والثمن هنا ليس من ذوات الامثال فلا يجوز و يزيد ما ذكرنا وضوحا بمنزلة وهي أن من اشترى من رجل عبدا بالف درهم نخبة نقد بيت المال وقبضه ثم باعه مرا بحتة علمها بربح مائة درهم فان المائة الربح تكون من نقد البلد لامن نخبة نقد بيت المال مرا بحتة بربحه يازده فان الربح يكون من النخبة لان نقد البلد ثبت أن هذا اللفظ يقتضي أن يكون الربح من جنسه (قوله وسوق الغنم بمنزلة الحل) لان القيمة تختلف باختلاف المكان بخلاف أجرة الراعي لانه يستحق الاجر باعتدوا الحفظ وكذا بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين ولا في المعنى أي في المالبة وبخلاف أجرة

و يجوز أن يضيف الى رأس المال أجرة القصار والصبغ والطاراز والغزل وأجرة حل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال في عادة التجار لان كل ما يزيد في المبيع أو في قيمته يلحق به هذا هو الاصل وهذه الاشياء تزيد في ذلك فالصبغ واخوانه يزيد في العين والحل يزيد في القيمة لانهم يختلف باختلاف المكان فيلحق به ويقول قلم على بكذا ولا يقول اشترى بكذا كي لا يكون كاذبا لان القيام عليه صبرة عن الحصول بما غرم وقد غرم فيه القدر المسمى واذا باع بالرقم يقول رقمه كذا فانا أبيعهم مرا بحتة وسوق الغنم بمنزلة الحل بخلاف أجرة الراعي وكراهيت الحفظ لانه لا يزيد في العين ولا في القيمة وبخلاف أجرة التعليم فاذا أنفق على عبده في تعلم عمل من الاعمال دراهم لم يلحقه برأس المال لان الزيادة الحاصلة في المالبة باعتبار معنى في المتعلم وهو الحذف والذكاة لا بما أنفق على العلم وعلى هذا أجرة الطبيب والرائض والبيطار وجعل الاثني والخمسة وان كان

فان اطلع المشتري على خيانة في المراجعة فهو بالخيار عند أبي حنيفة رحمه الله ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء تركه (وان اطلع على خيانة في التولية أسقطها من الثمن وقال أبو يوسف رحمه الله يحط فيهما وقال محمد بن جرير رحمه الله يخير فيهما) لمحمد بن جرير رحمه الله ان الاعتبار للتسمية لكونه معلوما والتولية والمرابحة تزويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة في تخير بقواته ولا يبي يوسف رحمه الله ان الاصل فيه كونه تولية ومرابحة ولهذا ينعقد بقوله وليتلك بالثمن الاول أو بعتك مرابحة على الثمن الاول اذا كان ذلك معلوما فلا بد من البناء على الاول

وكذا في تعليم الغناء والعريسة قال حتى لو كان في ذلك عرف ظاهر يلحق برأس المال وكذا لا يلحق أجرة الطبيب والرائض والبيطار وجعل الأبق لان نادرا فلا يلحق بالسائق لانه لا عرف في النادر والعجامة والختان لعدم العرف وتضم أجرة السمسار في ظاهر الرواية وفي جامع البرامكة لا تضم لان الاجارة على الشراء لا تصح الا ببيان المدة ووجه ظاهر الرواية العرف فيه وقيل ان كانت مشروطة في العقد تضم وقيل أجرة الدلال تضم كل هذا ما لم تجر عادة التجار ولا يضم ثمن الجلال ونحوها في الدواب وتضم الشباب في الرقيق وطعامهم الا ما كان سرفا وز يادوه يضم علف الدواب الا ان يعود عليه شيء متولد منها كالبناها ووصفها وبسببها فيسقط قدر ما نال ويضم ما زاد بخلاف ما اذا أجزأ الدابة أو العبد أو الدار فان أخذ أجرة فانه يراعى مع ما انفق عليه لان الغلة ليست متولدة من العين وكذا داجحة أصاب من بيضها يحتسب بماله وبما انفق ويضم الباقي وتضم أجرة التخصيص والتطين وحفر البئر في الدار والقناة في الأرض ما بقيت هذه فان زالت لا تضم وكذا سقي الزرع والسكرم وكسح ولو قصر الثوب بنفسه أو طين أو عمل هذه الاعمال لا يضم شيئا منها وكذا لو تطوع متطوع بهذه الاعمال أو باعارة (قوله فان اطلع المشتري على خيانة في المراجعة) اما باقرار البائع أو بالبيئة أو بنكوله عن اليمين وقد ادعاه المشتري هذا على المختار وقيل لا تثبت الا باقراره لانه في دعوى الخيانة مناقض فلا يتصور بينة ولا ينكول والحق سماعها كدعوى العيب ودعوى الحط فانها تسمع (فهو بالخيار عند أبي حنيفة رحمه الله ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء تركه) وان اطلع عليها في التولية يحط قدرها (وقال أبو يوسف يحط فيهما) أي في المراجعة والتولية وهو قول الشافعي (وقال محمد بن جرير فيهما) وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى (لمحمد بن جرير رحمه الله ليس الا للتسمية) لان الثمن به يصير معلوما به ينعقد البيع ولا خيار بانه الثمن الاول فيهما لا يتعلق الانقضاء به انما هو (تزويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه) كوصف السكينة والخياطة (فبقواته) يظهر أن الثمن ليس ذلك (يتخير ولا يبي يوسف أن الاصل فيه) أي في عقد المراجعة والتولية (كونه تولية ومرابحة) وذلك بالبناء على الثمن الاول فيتمتع به بالعقد باعتبار

التعليم فانه اذا انفق على عبد في تعليم عمل من الاعمال ادراه لم يلحقه بأمر رأس المال وكذلك الشعر والغناء والعربية وأجر تعليم القرآن والحساب الا اذا كان فيه عرف ظاهر بالخاطئة كان له أن يلحقه لان زيادة المأبأة باعتبار معنى المتعلم وان كان لا بد من التعليم الا أن التعليم آخر الامرين وجودا وأنه حصل بفعل مختار فيكون حصول الزيادة مضافا اليه لا الى التعليم وأجرة السمسار تضم ان كانت مشروطة في العقد بالاجماع وان لم تكن مشروطة بان كانت مرسومة أكثر المشايخ على أنهم لا تضم ومنهم من قال تضم والباج الذي يؤخذ في الطريق لا يلحق برأس المال قال زفر بن جرير رحمه الله ولو كان في موضع جرت العادة فيما بين التجار بالخاطئة برأس المال يلحق به أيضا وفي المبسوط وفي الحاق شي برأس المال المعتبر العرف الظاهر وما عمل يسده من قصارة أو خياطة أو ما أشبه ذلك من الاعمال لا يضمه الى رأس المال جل اشترى داجحة وقبضها فباضت عنده ثلاثين بيضة فباع البيضات بدرهم ثم أراد أن يبيع الداجحة مرابحة ان انفق على الداجحة فدر عن البيضات جزا لانه جعل ثمن البيضة عوضا عما نفق وان لم ينفق لا يجوز وهذا هو الاصل في جنس هذه المسائل أن يقدروا ما أصاب من الزيادة اذا نفق من ماله لا يلزمه بيان ذلك في بيع المراجعة كذا في المحيط (قوله فيكون وصفا مرغوبا فيه) لوجود

(فان اطلع المشتري على خيانة في المراجعة) اما بالبيئة أو باقرار البائع أو بنكوله عن اليمين (فهو بالخيار عند أبي حنيفة ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء تركه) وان اطلع على خيانة في التولية أسقطها من الثمن وقال أبو يوسف يحط فيهما) أي في المراجعة والتولية (وقال محمد بن جرير فيهما) لمحمد بن جرير رحمه الله ان الاعتبار للتسمية لان الثمن يجب أن يكون معلوما ولا يعلم الا بالتسمية واذا كان الاعتبار لها يتعلق العقد بالمسمى (والتولية والمرابحة ترغيب وتزويج فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة) وفواته بوجوب التخير (ولا يبي يوسف ان الاصل في هذا العقد كونه مرابحة وتولية) لا للتسمية ولهذا قال وليتلك بالثمن الاول أو بعتك مرابحة على الثمن الاول والحال انه معلوم واقتصر على التسمية مع العقد والتسمية كالتفسير فاذا ظهرت الخيانة بطلت صلاحيتها لذلك فبق ذكر المراجعة والتولية فلا بد من بناء العقد الثاني على الاول فيخط الخيانة في الفصلين جميعا غير أنه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال وهو ظاهر وفي المراجعة من رأس المال والرجح جميعا كما اذا اشترى ثوبا بعشرة

على ربح خمسة ثم ظهر الثمن الاول ثمانية يحط قدر الحياينة من الاصل وهو درهمان (١٢٧) ويحط من الربح درهمان فيأخذ الثوب

بأثنى عشر درهما (ولابي حنيفة انه لو لم يحط في التولية لاتبقي تولية) لانها تكون بالثمن الاول وهذا ليس كذلك لكن لا يجوز أن لاتبقي تولية لثلاثين غير التصرف فيتعين الخط وفي المراجعة لو لم يحط بربح المراجعة كما كانت من غير تغير الصرف لكن يتفاوت الربح فيختار بذلك لغوات الرضا

فلهذا المبيع قبل أن يرد أو استهلكه أو حدث فيه ما يمنع الفسخ في بيع المراجعة فن قال بالخط كان له الخط (ومن قال بالفسخ لزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة) لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الشرط والزوية وقد عذر الرد بالهلاك أو غيره ففسقط خياره بخلاف خيار العيب حيث لا يجب كل الثمن بل ينقص منه مقدار العيب لأجل العيب لأن المستحق للمشتري ثمة المطالبة بتسليم الجزء الغائب ففسقط ما يقابله عند العجز عن تسليمه وقيد بالروايات الظاهرة احترازاً عما روي عن محمد في غير رواية الأصول انه يفسخ البيع على القيمة ان كانت أقل من الثمن دفعا للضرر عن المشتري قال (ومن اشترى ثوباً ببيع ربح) الكلام في وضع هذه المسألة

وذلك بالخط غير انه يحط في التولية قدر الحياينة من رأس المال وفي المراجعة منه من الربح ولا يحنيفه ربحه الله انه لو لم يحط في التولية لاتبقي تولية لانه يزيد على الثمن الاول فيتغير التصرف فيتعين الخط وفي المراجعة لو لم يحط بربح المراجعة وان كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فامكن القول بالتغير فلهذا قبل ان يرد أو حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الزوية والشرط بخلاف خيار العيب لانه المطالبة بتسليم الغائب ففسقط ما يقابله عند العجز عن تسليمه (ومن اشترى ثوباً ببيع ربح ثم اشتراه فان باعه مراجعة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان استغرق الثمن لم يبيع مراجعة وهذا عند أبي حنيفة ربحه الله وقال يبيعه مراجعة على الثمن الأخير) صورته اذا اشترى ثوباً بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مراجعة بخمسة ويقول قام على بخمسة ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مراجعة ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مراجعة أصلاً وعندهما ربحه على العشرة في الفصلين له مان العقد الثاني

أنه تولية ومراجعة عليه (وذلك بالخط غير انه يحط في التولية مقدار الحياينة من رأس المال وفي المراجعة يحط منه ومن الربح) على تسبته حتى لو ربح في ثوب على عشرة بخمسة فظهر أن الثوب بثمانية يحط ثلاثه دراهم من الثمن درهمين من رأس المال ومن الربح خمسة وهو درهم (ولابي حنيفة) في الفرق بينهما كما قال أبو يوسف في التولية وهو (أنه لو لم يحط فيها لاتبقي تولية لانه يزيد على الثمن الاول) والعقدان متعلقان باعتبارهما فيتعين التصرف الى بيع آخر ثم آخر ولم يوجد ذلك البيع الآخر (و) أما (في المراجعة لو لم يحط) لا يخرج عن كونها مراجعة لتغير التصرف (وان كان يتفاوت الربح) فانه يظهر أن الربح أكثر مما طنه المشتري (فامكن القول) ببقاء العقد ولكن يتغير لئلا ذكر محمد من فوات الوصف المرجو فيه (فلهذا) المبيع (قبل أن يرد) أو استهلكه (أو حدث فيه ما يمنع الفسخ لزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة) لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الزوية والشرط وفيهما يلزمه تمام الثمن قبل الفسخ فكذا هنا وهو المشهور من قول محمد (بخلاف خيار العيب) لان المستحق فيه جزء فائت يطالب به (فيسقط ما يقابله اذا عجز عن تسليمه) وأما على قول أبي يوسف فلهذا المبيع أو انتهى ببيع وقوله في الروايات الظاهرة احترازاً عما عجز عن روية الأصول أنه يفسخ البيع على القيمة ان كانت أقل من الثمن حتى يندفع الضرر عن المشتري بناء على أصله في مسألة التحالف بعدها لانه يفسخ بعد التحالف دفعاً للضرر عن المشتري ورد القيمة ويسترد الثمن (قوله) من اشترى ثوباً ببيع ربح ثم اشتراه من الذي باعه منه بمثل ما باعه (فان باعه مراجعة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان) الربح (استغرق الثمن لم يبيعه مراجعة) إلا أن يبين (هذا عند أبي حنيفة) وهو مذهب أحمد (وقال أبو يوسف ومحمد يبيعه مراجعة على الثمن الأخير) وهو قول الشافعي ومالك رحمهم الله (صورته اذا اشترى ثوباً بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة) ممن باعه منه بعد التقابض فانه يطرح عن هذه العشرة التي اشتراه من ثوبه الخمسة التي ربحها فبيعه مراجعة على خمسة (ويقول قام على بخمسة ولو اشتراه بعشرة فباعه بعشرين مراجعة ثم اشتراه) ممن باعه منه (بعشرة لا يبيعه مراجعة أصلاً) إلا أن يبين فيقول هذا كنت بعته فربحت فيه عشرة ثم اشترى ثوباً بعشرة وأنا أبيع به ربح كذا على هذه العشرة (وعندهما يبيعه مراجعة على) الثمن الأخير وهو (عشرة في الفصلين) من غير بيل (لهما أن العقد الثاني) وان كان ممن

الامن عن الغبن (قوله) منه ومن الربح) بيانه فيمن ابتاع ثوباً بعشرة مثلاً على ربح خمسة ثم ظهر أن البائع اشتراه بثمانية وباعه منه بعشرة على ربح خمسة يحط قدر الحياينة من الاصل وهو درهمان وما يقابله من الربح وهو درهم فيأخذ ثوباً بأثنى عشر درهما وكذا لو اشترى ثوباً بعشرة وقال اشترى ثوباً بأثنى عشر وباعه ربح درهم فعنده يحط درهمان من رأس المال وسدس درهم من الربح (قوله) يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة وهو المشهور من قول محمد رحمه الله وعن محمد رحمه الله أن المشتري يرد قيمة المبيع ويرجع على

وصورتها ظاهرة وانما الكلام في دليلها (قالا العقد الثاني)

عقد متعدد منقطع الاحكام عن الاول) وهو ظاهر وكل ما هو كذلك يجوز بناء المراجعة عليه كما اذا تخلل ثالث باثنتي عشر من مشتري مشتريه (وقال أبو حنيفة شبهة حصول الرجوع) الحاصل بالعقد الاول ثابتة (بالعقد الثاني لانه كان على شرف السقوط) بان يرد عليه بعيب فاذا اشتراه من المشتري تاكدا كما كان على شرف (١٢٨) السقوط ولان كيد في بعض المواضع حكم الايجاب كالمشهد وعلو رجل بالطلاق

عقد متعدد منقطع الاحكام عن الاول فيجوز بناء المراجعة عليه كما اذا تخلل ثالث ولا يبي حنيفة رحمه الله ان شبهة حصول الرجوع بالبقاء الثاني ثابتة لانه يتا كدبه بعدما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب الشبهة كالحقيقة في بيع المراجعة احتياطاً واهذا تم تجز المراجعة فيما أخذ بالصلح لشبهة الخطيئة فيصير كأنه اشترى

كان باعه منه فهو (عقد متعدد منقطع الاحكام عن الاول) ولذا لو كان في الاول خيار لا يكون في الثاني وعلى العكس فلا يدخل فيه ما قبله من المراجعة أو وضعية ولذا لو كان أصله هبة أو ميراثا فباعه ثم اشتراه كان له أن يبيعه من المراجعة على الثمن الأخير ولا يعتبر ما كان قبله والام تجز المراجعة أصلاً وهذا لان بالشراء الثاني يتجدد له ملك غير الاول لان اختلاف الاسباب كاختلاف العين على ما عرف وصار (كالتخلف ثالث) بان اشترى بعشرة ممن اشترى من المشتري منه بعشر بن (ولا يبي حنيفة أن شبهة حصول الرجوع بالعقد الثاني ثابتة لانه يتا كدبه) أي بالعقد الثاني (ما كان على شرف السقوط) من ذلك الرجوع (بان يظهر) المشتري (على عيب) فبرده فبطل الرجوع عنه فاذا اشتراه منه تا كد أي تقر ملكه لذلك الرجوع ولان كيد في بعض المواضع حكم الايجاب كافي شهرد لطلاق قبل الدخول اذ ارجعهوا يصيرون نصف المهور لتا كيدهم ما كان على شرف السقوط بتقيل ابن الزوج أو بارتداد على اعتبار التا كيد يصير البائع في مسئلتنا مشترياً بالعقد الثاني ثوباً وخمسة دراهم بعشرة دراهم فتكون الخمسة بازاء الخمسة ويبقى الثوب بخمسة وهذا الاعتبار واجب لان الشبهة في المراجعة ملحقة بالحقيقة ولذا تم تجز المراجعة فيما أخذ بالصلح لشبهة الخطيئة لان الغالب في الصلح ذلك فيجب أن يبيعه من المراجعة على خمسة فان قيل لو كان كذلك ينبغي أن لا يجوز الشراء بعشرة فيما لو باع بعشر بن لانه على هذا التفسير يصير في الشراء الثاني كأنه اشترى ثوباً وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الى با وهو حصول الثوب بلا عوض أجيب بان التا كيد انما يحصل به شبهة الايجاب احترازاً عن الحيانة وذلك يتحقق بالنسبة الى العباد لا بالنسبة الى الشرع وشرعية المراجعة لمعنى راجع الى العباد لا الى الشرع ولذا اذا رضى المشتري به وقد علم بجور ولو كان حق الشرع لم يجز بتراضيهما كفي الرجوع بالرضايه وأورد على هذا ما لو وهب له ثوب فباعه بعشرة ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه من المراجعة بعشرة وأجيب بانه ممنوع في رواية وبتقدير التسليم فالبيع الثاني وان كان يتا كدبه انقطاع حق الواهب في الرجوع ولكنه ليس بحال ولا تثبت هذه الوكالة الا في عقد يجري فيه الرجوع أيضاً ليس فيه معنى يزاد في الثمن بخلاف ما اذا باعه بثمان حال المراجعة بعد ما اشتراه بذلك الثمن مؤجل لانه معنى يزاد في الثمن وبخلاف ما اذا باعه بوصف أو دابة أو عرض آخر ثم

البائع ثمن سلمه اليه بناء على أصله في إقامة القيمة مقام المبيع في التحالف (قوله منقطع الاحكام عن الاول) لان الشفيع اذا سلم الشفعة في العقد الاول فله الشفعة في العقد الثاني (قوله كما اذا تخلل ثالث) يعني اذا باع المشتري الثاني من رجل غير البائع الاول ثم اشترى منه البائع الاول (قوله لانه يتا كدبه بعدما كان على شرف السقوط) بان يجد المشتري بالثوب عيباً فبرده ويسترد منه كل الثمن ويبطل حقه في الرجوع وبالشراء ثانياً وقع الامن على البطلان فالمستغنى بالشراء الثاني الثوب وتا كد الرجوع الاول ولان كيد شبهة الايجاب حتى غرم شهود الطلاق قبل الدخول نصف الصداق اذ ارجعهوا لان شهادتهم أكدت نصف المهر الذي كان على شرف السقوط بالردة وتكفي ابن الزوج وبيع المراجعة تمتع بالشبهة كما تمتع بالحقيقة الا ترى أنه لو كان على رجل عشرة دراهم فصالحه على ثوب لم يبيعه من المراجعة على عشرة لان مبيع الصلح على الخط والمساخطة ولو وجد حقيقة الخط لم يبيعه من المراجعة على عشرة فكذلك اذا وجد شبهة فصالحه في الفصل الاول كأنه اشترى في العقد

قبل الدخول ثم رجعوا فماتوا نصف المهر لتا كدما كان على شرف السقوط واذا كانت شبهة الحصول ثابتة صار كأنه اشترى بالعقد الثاني ثوباً وخمسة دراهم بعشرة فالخمس بازاء الخمسة والثوب بخمسة فيبيعه من المراجعة على خمسة احترازاً شبهة الحيانة فانها كحقيقة احتياطاً في بيع المراجعة ولهذا لو كان رجل على آخر عشرة دراهم فصالحه منها على ثوب لا يبيع الثوب من المراجعة على العشرة لان الصلح مبناه على التجوز والخطيئة ولو وجد الخط حقيقة ما جاز البيع من المراجعة فكذلك اذا تمكنت الشبهة وعرض بانه لو كان كذلك ما جاز الشراء بعشرة فيما اذا باعه بعشرين لانه يصير في الشراء الثاني كأنه اشترى ثوباً وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الى با وهو حصول الثوب بلا عوض وأجيب بان التا كد به شبهة الايجاب في حق العباد احترازاً عن الحيانة على ما ذكرنا لافي حق الشرع وشرعيته جواز المراجعة لمعنى راجع الى العباد فيؤثر التا كيد في المراجعة تأماً جواز البيع وعدمه في شبهة

خمس

الرجوع بالحق الشرع فلا يكون لتا كيد فيه شبهة الايجاب كذا نقل من فوائد العلامة حميد الدين بخلاف ما اذا تخلل ثالث

(قوله شبهة حصول الرجوع الحاصل الى قوله بالعقد الثاني) أقول قوله بالعقد الثاني متعلق بحصول (قوله لانه كان على شرف السقوط الخ) أقول سعيه نظيره في كتاب الاكراه

خمس عشرة وثوباً بعشرة فيطرح عنه خمسة بخلاف ما إذا تخلل ثالث لأن التأكيده حصل بغيره قال (وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوباً بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشرة فإنه يبيعه مباحة على عشرة وكذلك ان كان المولى اشترا فباعه من العبد) لأن في هذا العقد شبهة لعدم بجواز مع المنافي

اشترى بعشرة فإنه يبيعه مباحة على عشرة لأنه عاد اليه بما ليس من جنس الثمن الأول ولا يمكن طرحه إلا باعتبار القيمة ولا مدخل لذلك في بيع المباحة ولذا قلنا لو اشترى أشياء صفقة واحدة بثمن واحد ليس له أن يبيع بعضها مباحة على حصتها من الثمن لأن ذلك لا يكون إلا باعتبار القيمة وتعيينها لا يتخلو عن شبهة الغلط بخلاف الشافعي في ذلك (و بخلاف ما لو تخلل ثالث) لتأكيده الرجوع بالبيع من الثالث ووقع الأمن من البطلان به فلم يستغنى المشتري الأول بالشراء الثاني تأكيده الرجوع وهذا بخلافه (قوله وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوباً بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشرة فإنه) أي المولى (يبيعه مباحة على عشرة وكذلك إذا كان المولى اشترا بعشرة (فباعه من العبد) بخمسة عشرة يجب أن يبيعه العبد مباحة على عشرة (لأن في هذا العقد) أعني الذي جرى بين العبد والمولى وان كان صحيحاً لا فائدة له من كسب العبد في كسبه ويسلم للمولى من كسبه ما لم يكن سالماً (فله شبهة العدم) لأن الحاصل للعبد لا يتخلو عن حق المولى ولهذا كان للمولى أن يستبقى ما في يده لنفسه ويقضي دينه من عنده وكذلك في كسب المكاتب وبصر ذلك الحق حقيقة إذا عجز فرد في الرق فصار كأنه باع ملك نفسه من نفسه أو اشترى ملك نفسه لنفسه ولكن لفائدة التي ذكرناها صححناه فظهر أنه جائز (مع المنافي) وهو كونه عبده المستلزم لكون المال له لولا الدين

الثاني ثوباً وخمسة دراهم بعشرة فالتسعة باء الخمسة تبقى الثوب بخمسة فيبيعه مباحة على خمسة وفي الفصل الثاني كله اشترى بعشرة فصارت العشرة بالعشرة ولم يبق بمقابلة الثوب شيء فلا يبيعه مباحة ولا يقال على هذا ينبغي أن يفسد الشراء الثاني في الفصل الثاني كأنه اشترى ثوباً بعشرة فكان فيه شبهة الربا لأننا نقول ان الرجوع الأول لم يصر مقابلاً للثمن الثاني حقيقة وانما ثبت له شبهة المقابلة من حيث ان للتأكيده بالاحتياط والشبهة تكفي لمنع بيع المباحة ولا تكفي لفساد العقد لان المنع في بيع المباحة خلق العبد لخلق الشرع حتى يجوز عند البيان واذا رضى به بعد البيع يجوز ولا يلزم على هذا ما اذا ذهب له ثوب فباعه بعشرة ثم اشترى بعشرة فإنه يبيعه مباحة على عشرة لأنه ممنوع في رايه عن أي حنيقة رجه الله ولو سلم فبقوله بالبيع الثاني وان كان يتأكد انقطاع حق الواهب في الرجوع لكنه ليس بمالك ولا ثبت هذه الوكالة في عقد يجري فيه وأنه أيضاً ليس معنى يزداد الثمن لاجله بخلاف ما إذا اشترى بثمن مؤجل ثم باعه مباحة بثمن حال لأنه معنى يزداد في الثمن لاجله وبخلاف ما إذا تخلل ثالث لأن الرجوع تأكيده ذلك الثالث لا بشرائه وبخلاف ما إذا اشترى بعشرة ثم باع بوصف ثم اشترى بعشرة أنه أن يبيعه مباحة على عشرة لأنه عاد اليه بما ليس من جنس الوصف ولا يمكن طرحه إلا باعتبار القيمة ولا مدخل لذلك في بيع المباحة أو لأنه لا يمكن فيه شبهة الربا (قوله وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوباً بعشرة وعليه دين يحيط برقبته) وانما قيد بالدين المحيط برقبته لأنه لو لم يكن على العبد دين فباع العبد من مولاة شيئاً فإنه لا يصح فان هذا البيع لا يفيد للمولى شيئاً لم يكن له قبل البيع لملك الرقبة ولا ملك التصرف وكذا إذا كان عليه دين لا يحيط بماله لأنه لا يمنع ملك المولى بالاجماع لان كسب العبد لا يعرى عن قليل الدين فلو جعل مانعاً لانسداد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن ولو كان يحيط بماله دون رقبته فباع من المولى شيئاً يصح البيع ولكن فيه شبهة العدم أيضاً فلا يبيعه المولى مباحة بثمن الذي اشترى به من العبد لأنه لم يجر للمولى بيع ما اشترى من عبده وعليه دين يحيط برقبته مع أنه أجني عن كسبه فلا يجوز وعليه دين يحيط بماله دون رقبته أولى فظهر أنه انما قيد بقوله وعليه دين يحيط برقبته لثبت الحكم فيما لا يحيط بالطريق الأولى (قوله لجوازه مع المنافي) ذكر الامام قاضيان وجه الله في تعليل هذه المسئلة لأن بيع المولى من عبده المأذون المدين والمكاتب

لأن التأكيده حصل بغيره ولم يستغنى عن الأول بالشراء الثاني فانتفتت شبهة قال (وإذا اشترى العبد المأذون) وإذا اشترى العبد المأذون (له في التجارة ثوباً بعشرة) والحد انه مسنون بدين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشرة فإن المولى يبيعه مباحة على عشرة وكذا ان كان المولى اشترا وباعه من العبد لان في هذا العقد أي بيع العبد من المولى وعكسه شبهة العدم لجوازه مع المنافي وهو يتعلق حق المولى بمال العبد وقيل كون العبد ملكاً للمولى ولهذا كان له أن يقضي الدين ويتفرد بكسب عبده فصار كالبائع من نفسه فاعتبر عدم ما في حكم المباحة لوجوب الاحتراز فيه اعني شبهة الخيانة وإذا عديم البيع الثاني لا يبيعه مباحة على الثمن المذكور فيه

وانما يبيعه على الثمن المذكور في الاول وانما قيد بالدين المحيط برقبته لانه لو لم يكن على العبد دين فباع من مولاه شيئا لم يصح لانه لا يقيد للمولى شيئا لم يكن له قبل البيع لانه لا مال له في الوقت (١٣٠) ولا ملك التصرف هكذا قيد محمد رحمه الله في الاصل وكذلك في الاسلام والصدور الشهيد وقاضيان ولم يقيد به الطحاوي والعتابي والحق قده لما ذكرنا قال (وان كان مسع المضارب عشرة دراهم بالنصف) اذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف (فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف) لان مبنى هذا البيع على الاحتراز عن الخيانة وشبهها وفي بيعه مرابحة على خمسة عشر شبهة خيانة (لان هذا البيع) أي بيع الثوب من رب المال وان حكم بجواز عندنا عند عدم الرجح خلافا لغيره (فيه شبهة العدم) وجه قول زرارة ان البيع مبادئة المال بالمال وهو انما يقع في مال غير لا بمال نفسه فلا يكون البيع موجودا وجه الجواز عندنا اشتد على الفائدة فان فيه استعادة ولاية التصرف لان التسليم الى المضارب بقطع ولاية رب المال عن ماله في التصرف فيه فبالسرا من المضارب يحصل له ولاية التصرف وهو مقصود اذا كان مشتملا على الفائدة ينقذ لان الانتقاد يتبع الفائدة لا ترى أنه اذا جع

فاعتبر عدم ما في حكم المراجعة وبقي الاعتبار الاول فيصير كل العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الاول وكانه يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الاول قال (واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف) لان هذا البيع وان قضى بجوازه عندنا عند عدم الرجح خلافا لغيره الله مع انه اشترى ماله بماله لما فيه من

(فاعتبر عدم ما في حكم المراجعة وبقي الاعتبار الاول) عقد (الاول) وهو الكائن بعشرة (فيصير كل العبد اشتراه بعشرة لاجل المولى في الفصل الاول) وهو ما اذا اشتراه العبد وباعه من المولى (وكان يبيعه) لاجل (المولى في الفصل الثاني) وهو ما اذا باعه المولى من عبده (فكان المعتبر الثمن الاول) وهذه المسئلة بالاتفاق وكذا الجواب اذا كان المأذون مكاتب السيد بالاتفاق وقوله فاعتبر عدم ما في حكم المراجعة يفيده انما اعتبر عدم المراجعة لانه لو كان له ماله من وجهه وسببه ان المراجعة يبيع امانة تنفي عنه كل تمحيط وخيانة والمساخنة جارية بين السيد وعبده ومكاتبه فينتهم بانه اشتراه منه بزيادة أو باعته منه كذلك ولهذا قال أبو حنيفة اشترى شيئا من أبيه أو أمه أو ولده أو اشترى هو لأمته لا يبيع واحد منهم مرابحة الاعلى الثمن الذي قام على البائع الا انهما خالفوا في هذا فقالا يبيعه مرابحة على ما اشتراه من هؤلاء لتساوي الاملاك والحقوق فكانا لا يبيعون وأبو حنيفة يقول لما يحصل لكل من هؤلاء كانه لا آخر من وجهه ولهذا لا تقبل شهادة أحدهم لا آخر وتجري المسألة بينهم فكان الاحتياط فيبذل كرهنا ثم القيد المذكور وهو كونه مديونا بما يحيط برقبته مصرح به في الجامع من رواية محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة والمشايخ في تقرير هذه المسئلة منهم من ذكره كقاضيان ومنهم من لم يقيد بالمحيط كالصدور الشهيد فقال عبد ماذون عليه دين يحيط برقبته أو غير محيط ومنهم من لم يذكر الدين أصلا كشمس الأئمة في المبسوط فقال اذا اشترى من أبيه أو أمه أو مكاتبه أو عبده ولا شك ان ذكره وعدمه في الحكم المذكور سواء بل اذا كان لا يرجع الاعلى الثمن الاول فيما اذا كان عليه دين محيط به انما جني من كسبه فلان لا يرجع الا عليه فيما اذا لم يكن عليه دين أولى لانه حينئذ لا ينقذ العقد الثاني أصلا انما يبيع ماله من نفسه أو يشترى به وانما فائدته لثبوت صحة العقد الثاني وعدمه والحكم المذكور على التقديرين لا يختلف ولو اشترى من شريكه سلعة ان كانت ليست من شركته ما يرجع على ما اشترى ولا يبين وان كانت من شركته ما فانه يبيع نصيب شريكه على ضمانته في الشراء الثاني ونصيب نفسه على ضمانته في الشراء الاول نحو ان تكون السلعة اشترى بالف من شركته ما فاشترى أحد هما من صاحبه بالف وما تثنى فانه يبيعه ما مرابحة على ألف ومائة لان نصيب شريكه من الثمن ستمائة ونصيب نفسه من الثمن الاول ستمائة فيبيعه على ذلك ومنه مسئلة الكتاب التي ذكرها بقوله (واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف لان هذا البيع وان قضى بجوازه عندنا عند عدم الرجح خلافا لغيره الله مع انه اشترى ماله بماله) وهو وجه المنع لغيرنا لكوننا اجتزأه (لما فيه من) فائدة

ويبيعهما من المولى وان كان جائز له شبهة العدم لان مال العبد لا يخلو عن حق السيد ولهذا كان للمولى أن يمنع كسب العبد لنفسه ويقتضي الديون من مال نفسه والمكاتب اذا عجز و رد الى الرق كان كسبه للمولى فكان بائعا من نفسه من وجهه ويبيع الانسان من نفسه باطل واذا بطل البيع الثاني لا يبيعه مرابحة على الثمن المذكور بالبيع الثاني وانما يبيع على الثمن المذكور في العقد الاول (قوله في الفصل الاول) وهو ما اذا باعه العبد من مولاه والفصل الثاني وهو ما اذا باعه المولى من عبده (قوله خلافا لغيره الله) فان عنده لا يجوز بيع رب المال من المضارب ولا يبيع المضارب من رب المال اذا لم يكن في المال الرجح (قوله لما فيه من استعادة ولاية التصرف) لان بالتسليم الى المضارب انقطع ولاية رب المال عن ماله في التصرف

وقاضيان ولم يقيد به الطحاوي والعتابي والحق قده لما ذكرنا قال (وان كان مسع المضارب عشرة دراهم بالنصف) اذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف (فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف) لان مبنى هذا البيع على الاحتراز عن الخيانة وشبهها وفي بيعه مرابحة على خمسة عشر شبهة خيانة (لان هذا البيع) أي بيع الثوب من رب المال وان حكم بجواز عندنا عند عدم الرجح خلافا لغيره (فيه شبهة العدم) وجه قول زرارة ان البيع مبادئة المال بالمال وهو انما يقع في مال غير لا بمال نفسه فلا يكون البيع موجودا وجه الجواز عندنا اشتد على الفائدة فان فيه استعادة ولاية التصرف لان التسليم الى المضارب بقطع ولاية رب المال عن ماله في التصرف فيه فبالسرا من المضارب يحصل له ولاية التصرف وهو مقصود اذا كان مشتملا على الفائدة ينقذ لان الانتقاد يتبع الفائدة لا ترى أنه اذا جع

(قوله وانما قيد بالدين المحيط برقبته الى قوله والحق قده لما ذكرنا) أقول وانما قيد بالدين المحيط برقبته لانه لو لم يكن على العبد دين فباع من مولاه شيئا لم يصح لانه لا يقيد للمولى شيئا لم يكن له قبل البيع لانه لا مال له في الوقت (١٣٠) ولا ملك التصرف هكذا قيد محمد رحمه الله في الاصل وكذلك في الاسلام والصدور الشهيد وقاضيان ولم يقيد به الطحاوي والعتابي والحق قده لما ذكرنا قال (وان كان مسع المضارب عشرة دراهم بالنصف) اذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف (فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف) لان مبنى هذا البيع على الاحتراز عن الخيانة وشبهها وفي بيعه مرابحة على خمسة عشر شبهة خيانة (لان هذا البيع) أي بيع الثوب من رب المال وان حكم بجواز عندنا عند عدم الرجح خلافا لغيره (فيه شبهة العدم) وجه قول زرارة ان البيع مبادئة المال بالمال وهو انما يقع في مال غير لا بمال نفسه فلا يكون البيع موجودا وجه الجواز عندنا اشتد على الفائدة فان فيه استعادة ولاية التصرف لان التسليم الى المضارب بقطع ولاية رب المال عن ماله في التصرف فيه فبالسرا من المضارب يحصل له ولاية التصرف وهو مقصود اذا كان مشتملا على الفائدة ينقذ لان الانتقاد يتبع الفائدة لا ترى أنه اذا جع

استعادة

الثلث

الاول وانما فائدته لثبوت صحة العقد الثاني وعدمه تامل ثم في قوله والصدور الشهيد بحث وان شئت فقل يكمل بها العناية الى بيان

بين عبده وعبد غيره فاشترىهما صفقة واحدة جاز البيع فيهما أو دخل عبده في عبده الغائبة انقسام الثمن وأما ان فيه شبهة العدم فلماذا كسرنا من تعليق زفر وقد استوضحه المصنف بقوله ألا ترى أنه يعني المضارب وكيل عن رب المال في البيع الاول من وجهه على هذا وجب أن لا يجوز البيع بينهما كما لا يجوز البيع بين الموكل ووكيله فيما وكله فيه وإذا كان فيه شبهة (١٣١) العدم كان البيع الثاني كالعدم

في حق نصف الربح لان ذلك حق رب المال فيعطى عن الثمن احترازاً عن شبهة الخيانة ولا شبهة في أصل الثمن وهو عشرة دنانير في نصيب المضارب فيبيع مرا بحة على ذلك قال (ومن اشترى جارية سبيعة فاعورت عند المشتري) بأقفة سماوية أو بفعل الجارية نفسها (أو وطؤها وهي ثيب) ولم ينقصها الوطء (جازله أن يبيع مرا بحة ولا يجب عليه البيان) لعدم احتباس ما يقابله الثمن لما تقدم أن الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن (قوله ولهذا) توضيح لقوله لأنه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن ولهذا لو فانت العين قبل التسليم إلى المشتري لا يسقط شيء من الثمن وكذلك منافع البضع إذا لم ينقصها الوطء لا يقابلها شيء من الثمن وعوض بان منافع البضع بمنزلة الجزء بدل من ان المشتري إذا وطئها وبجسدها عيال يتمكن من الرد وإن كانت ثيباً وما ذلك إلا باعتبار ان المستوفى من الوطء بمنزلة احتباس جزء من المبيع عند المشتري وأجيب بان عدم جواز الرد باعتبار انه ان ردها ما أن يرد ما سعى

استفادة ولاية التصرف وهو مقصود والانعقاد يتبع الغائبة فبشبهة العدم ألا ترى أنه وكيل عنه في البيع الاول من وجه فاعتبر البيع الثاني عدم ما في حق نصف الربح قال (ومن اشترى جارية فاعورت أو وطئها وهي ثيب يبيعها مرا بحة ولا يمين) لأنه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولهذا لو فانت قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن وكذلك منافع البضع لا يقابلها الثمن والمسألة فيما اذ لم ينقصها الوطء وعن أبي يوسف رحمه الله في الفصل الاول انه لا يبيع من غير بيان كما إذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي رحمه الله

(استفادة ولاية التصرف وهو المقصود) بعدما كانت متفقة لا فاعطى ولاية التصرف عنه بالتسليم إلى المضارب (والانعقاد يتبع الغائبة فبشبهة العدم ألا ترى أنه) أي المضارب (وكيل عنه) أي عن رب المال (في البيع الاول من وجه) وذلك يمنع صحة بيعه منه كما لا يصح بيع الوكيل من موكله ما وكله بشيء مثله ماله وده مرفق فيه جاز ومن وجه آخر هو مال المضارب حتى إذا اشترى لا يجوز زجره برب المال عليه في البيع ولو اشترى المضارب جارية لا يجوز له برب المال وطؤها وان لم يكن في المال ربح (فاعتبر البيع الثاني عدم ما في نصف الربح) الذي هو حصته برب المال بمثل ما ذكرنا في التي قبلها في بيعه على أقل الثمنين للاحتياط وعلى حصته المضارب من الربح لان المضارب في ذلك المقدار بمنزلة الاجنبي فلا يمتنع فيه ولو اشترى بالسلعة فاقسمها فإراد وحدهما أن يبيع نصيبه مرا بحة على حصته من الثمن ان كانت القسمة استيفاء محضاً كالكيل والوزن العددي المتقارب جاز بيعه مرا بحة وان كانت مبادلة كالاشياء المتفاوتة لم يجز بيعه مرا بحة لا بشئائه على التوقيف وهو ممتنع في المراجعة كما ذكرنا (قوله ومن اشترى جارية فاعورت) أي من غير صنع أحد بل بأقفة سماوية أو بصنعها بنفسها (يبيعها مرا بحة ولا يمين) أنه اشترىها بذلك الثمن وليس بها هذا العور (و) كذا لو (وطئها وهي ثيب) ولم ينقصها الوطء وهذا (لان الاوصاف لا يقابلها) جزء من (الثمن) لانها تابعة مالم تكن مقصودة بالاتلاف (ولهذا لو فانت قبل التسليم إلى المشتري بعد العقد لا يسقط شيء من الثمن) وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن وعن أبي يوسف في الفصل الاول وهو ما إذا عورت الجارية (انه لا يبيع) مرا بحة (من غير بيان كما إذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي) وزفر والاحتباس بفعله محل الاتفاق كما ذكره بقوله

فيه بالشراء عن المضارب يحصل له ولاية التصرف وذلك كالأدم التي تاشي رحمه الله لو صار مال المضارب جارية ليس لرب المال أن يطأها وان لم يكن فيها ربح لان للمضارب حق التصرف ألا ترى أن رب المال لا يملك بيعها وأحاله إلى الايضاح (قوله والانعقاد يتبع الغائبة) ألا ترى أنه إذا جرح بين عبده وعبد غيره فاشترىهما صفقة واحدة جاز البيع فيهما ودخل عبده في شرائه لغائبة انقسام الثمن ثم يخرج فكذلك ههنا يجوز البيع بين رب المال ومضاربه لغائبة استفادة ولاية التصرف (قوله ففيه شبهة العدم) لما قلنا زفر رحمه الله أن البيع تملك المال بالمال وأنه معدوم ههنا (قوله ألا ترى أنه وكيل عنه) هذا الايضاح قوله ففيه شبهة العدم لان المضارب لما كان وكيلاً عنه وجب أن لا يجوز البيع بينهما كما لا يجوز البيع بين الموكل وبين وكيله فيما وكله فيه فصار يبيع المضارب من رب المال باطلا في حق نصف الربح لان ذلك حق رب المال فلما درهما ونصف حق المضارب في أصل الثمن فلماذا يبيع مرا بحة على اثني عشر ونصف (قوله وكذلك منافع البضع لا يقابلها الثمن) فان قيل المستوفى من منافع البضع بمنزلة الجزء والجزء إذا اقتصد اتلافه كمنه قسط

العقر أو بدونه لا سبيل إلى الاول لان الفسخ يرد على ما رد عليه العقد والعقد يرد على الزيادة فالفسخ لا يرد عليها ولا إلى الثاني لانها تعود إلى قديم ملك البائع ويسلم الوطء للمشتري مجازاً والوطء يستلزم العقر عند سقوط العقد لا باعتبار احتباس جزء من المبيع (وعن أبي يوسف أنه لا يبيع في الفصل الاول) أي في صورة الاعور (من غير بيان) كما إذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي بناء على مذهبه ان الاوصاف حصته من الثمن من غير فصل بين ما كان التعيب بأقفة سماوية أو بصنع العباد

(وَأَمَّا إِذَا انْقَاعَ ١) رَاجِعَ إِلَى الْأَوَّلِ (١٣٢) الْمَسْئَلَةُ فِي بَعْضِ النُّسخِ قُلْنَا فَيَكُونُ جَوَابُ الْقَوْلِ أَبِي يُونُسَ وَالشَّافِعِيُّ رَجْعُهُمَا إِلَيْهِ يَعْنِي إِذَا انْقَاعًا

المشتري عينها (نفسه أو
فقاهاً أجنبياً) سواء كان
بامر المشتري أو بغيره وجب
البيان عند البيع مراعاة
لأنه صار مقصوداً بالتلاف
أما إذا كان بامر المشتري
فلأنه كغفل المشتري بنفسه
وأما إذا كان بغير أمره
فلأنه جنائية توجب ضمان
النقصان عليه فيكون
المشتري صاحباً لجزء من
المعقود عليه فينبع المراجعة
بدون البيان وبعبارة المصنف
تدل بالتنصيص على أخذ
ارشها وهو المذكور في لفظ
محمد في أصل الجامع الصغير
وقال في النهاية كأن ذكر
الأرض وقع اتفاقاً لأنه لما
فقال الأجنبي وجب عليه
ضمان الأرض وجوب
ضمان الأرض سبب لأخذ
الأرض فأخذ حكمه ثم قال
والدليل على هذا إطلاق
ما ذكره في المبسوط من غير
تعريض لأخذ الأرض
وذكر نقل المبسوط كذلك
(وكذا أن وطنها وهي بكر
لا يبيعها مراعاة إلا بالبيان
لأن العنزة جزء من العين
يقابلها الثمن وقد حبسها
فلا بد من البيان
(ولو اشترى ثوباً فاصابة
قرض فار) بالقاف من
قرض الثوب بالمقرض
إذا خلع نص أو اليسر على
أنه بالغار (أو حرق نار) جاز
أن (يبيع مراعاة من غير
بيان) لأن الأوصاف تابعة
لأقوالها الثمن (ولو تكسر

(فاما اذا فاعلها بنفسه أو فاعلها أجنبي فاحذر اشغال بيعها مرا بجهة حتى يبين) لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابلها شيء من الثمن وكذا اذا وطئها وهي بكر لان العذرة جزء من العين فيقابلها الثمن وقد حبسها ولو اشترى ثوبا فاصابه قرض فأرأى حرق ناراً يبيعه مرا بجهة من غير بيان ولو تكسر بشعره وطيله يبيعه مرا بجهة (وأما اذا فاعلها بنفسه أو فاعلها أجنبي) بامر المشتري أو بغير أمره (فاحذر اشغال بيعها مرا بجهة حتى يبين) والتقييد بفقء المشتري والأجنبي احترازاً عن الوقفات عليها بنفسها فانه كجبالاً فة السماوية لانه قدر فلا يكون المشتري حابساً شيئا وأخذ الارش ليس بقيد بل اذا عورها الأجنبي لا يراجح الإيذان لتحقيق وجوب الضمان والفرق لنا (انه صار مقصودا بالاتلاف) نخرج عن التبعية بالقصدية فوجب اعتباره (فيقابل بعض الثمن وكذا اذا وطئها وهي بكر لان العذرة جزء من العين فيقابلها الثمن وقد حبسها) من هذا (لو اشترى ثوبا فاصابه قرض فأرأى حرق ناراً) أو طعنا ما فتغير (يبيعه مرا بجهة من غير بيان) وقرض بائنا ف وذكر أبو اليسر بانه (ولو تكسر) الثوب (بطيعة) ونشره لزمه البيان لانه بفعله قال الفقيه أبو الليث و قول زفر أ جوده به ناخذ واختياره هذا حسن لان معنى المراجعة على عدم الخيانة وعدم ذكره أتم انقصت ايجام للمشتري أن الثمن المذكور كان لها ناقصة والغالب أنه لو علم أن ذلك ثمنها صححت لم ياخذها معيبة الا بخطا وطه وقد ذكر أبو الباب أن سبب شرعية المراجعة اعتماد الغي أن الثمن قيمتها حيث اشترى من له خبر به فيطيب قلبه بشرا ثم به مع زيادة ربع فظنه أنه قيمتها وهذا يبين أنه لا يروم شراؤها الا بقيمتها لكي لا يغبن وأنه لو علم برص فكان سكوتة تقرير له وقرير من هذا ما روى هشام عن محمد أن ذلك اذا نقص العيب شيئا يسيرا فان نقص قدر الا يغبن فيه لا يبيعه مرا بجهة يعني بالبيان لكن قولهم هو كالتغير السعر بامر الله تعالى فانه لا يجب عليه أن يبين أنه اشترى في حال غلته وكذا الواسع الثوب لطول مكنته أو قو الخ الزام قوي واستشكل على قوله الفات وصف لا يقابل شيء من الثمن المشتري باجل فان الاجل وصف ومع ذلك لا يجوز بيعه مرا بجهة بالبيان أوجب بان الاجل يعطى لاجله جزء من الثمن عادة فيكون كالجزء فيلزمه البيان وعلى قوله منافع البضع لا يقابلها شيء من الثمن ما اذا اشترى جارية فوطئها ثم وجد بها عيبا لم يتمكن من ردها وان كانت ثيبا وقت الشراء وذلك لاعتبار المشتري بالوطء حابساً جزءاً من المبيع عنده وأوجب بان عدم الرد في هذا ليس لما ذكرنا بل لانه لو ردها فامنع العقر احترازاً عن الوطء مجانباً ومن غير عقر لا وجه الى الاول لعود الجارية مع زيادة والزيادة تمنع الفسخ لانه لا يرد على الزيادة ولا الى الثاني لانها تعود الى قديم ملكه ويسلم للمشتري الوطء بلا عوض باعتبار البيع وذلك لا يجوز بخلاف الواهب اذ ارجع بعد ووطء الموهوب له حيث يصح ولا يلزم الموهوب له شيء لانها تسلم كلها للموهوب له بلا عوض فيجوز أن يسلم له الوطء بلا عوض ولا يجوز في صورة البيع أن يفسخ البيع ويسلم للمشتري أو للبائع زيادة متولدة من العين أو شيء وجب باتلاف العين كالولد والارش والعقر فكذا الوطء (فروغ) * لو اصاب

حق

لا يقابلها الثمن (ولو تكسرت) الثوب (بنشره وطيه لا يبيعه من ارجحة) بلائسان لانه صار مقصودا

بالاتلاف وقوله (والمعنى ما بيناه اشارة الى هذين الدليلين قال (ومن اشترى غلاما بالف درهم نسبته فباعه بربح مائة ولم يبين) ذلك المشتري (فعلم المشتري فان شاء رده وان شاء قبل لا لاجل شبهه بالمبيع) فانه يزداد في الثمن (١٣٣) لاجل الاجل والشبهة في هذا الباب ملحقة

بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مربحة بشئ ما والمربحة توجب الاحتراز عن مثل هذه الخيانة وفوق قضبان الغلام السليم الاعضاء يزداد في ثمنه لاجل سلامة الاعضاء بالنسبة الى غير السليم واذا فأتت سلامة الاعضاء لم يوجب البيان على البائع كما حرم في مسألة اعرار العين وأجيب بان الزيادة هناك ليست منصوفا عليها انهم في مقابلة السلامة وما نحن فيه هو أن يقول ان اجلتني مدة كذا فتمسكه يكون كذا بزيادة مقدار فثبت زيادة الثمن في الاجل بالشرط ولا يثبت ذلك في سلامة الاعضاء وسيسير المصنف الى هذا بقوله ولم يكن الاجل مشروطا بالعقد وان هلك المبيع أو استهلكه ثم علم لزمه بالف ومائة لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن يعني في الحقيقة ولكن فيه شبهة المقابلة فباعته بشئ شبهة الخيانة كان له الفسخ ان كان المبيع قائما فاما ان يسقط شيء من الثمن بعد الهلاك فلا ولا كان ما فرضناه شبهة حقيقة وذلك خلف باطل قال (وان كان ولاه ياه) يعني أن التولية كالمربحة فيما اذا علم المشتري انه

من غلة الدار أو الدابة شيئا راجح لا يبين لان الغلة ليست متولدة من العين انما هو استيفاء منفعة واستيفاء المنفعة لا يمنع بيع المربحة بخلاف ما لو أصاب من لبن الغنم وصوفه فانه اذا راجح بسقط من رأس المال قدر ما أصاب من ذلك ويقول قام على بسكوذ وتقدم أنه اذا أنفق في طعام الرقيق والدواب أنه يضمه في غير السرف ولو وابت الجارية والغنم أو أثمر الخيل يبيع الاصل مع الزيادة مربحة لانه لم يمس شيئا من المعقود عليه ولان نقصان الولادة بغير فعل ثم الزيادة تجبره ولو استهلك المشتري الزيادة لم يبيع الاصل مربحة حتى يبين ما أصاب منها لاهتمام تولدة من العين والمتولد كجزء المبيع وكذا اذا استهلك الابن والسمن فانه لا يراجح الا يبين وفي المبسوط اشترى نصف عبد بمائة واشترى آخر نصفه بمائتين ثم باعه مربحة أو تولية أو وصية فالثمن بينهما أثلاثا ولو باعه مساومة يكون بينهما نصفين لان المسمى فيه بمقابلة الملك ولهذا استوى فيه المشتري والموهوب وبيعهم في العبد سواء بخلاف تلك العقود فان الثمن فيها مبني على الاول ولو حط البائع الاول من الثمن بعد ما باعه المشتري مربحة فانه يحط بذلك من المشتري الآخر مع حصته من الربح ولو كان ولاه حط ذلك عندنا وعند زفر والشافعي لا يحط عن الثاني بهذا السبب شيء وأصله ان الحط يلحق بأصل العقد عندنا وعنده لا بل هو هبة مبتدأة لا تتم الا بالتسليم وكذا الزيادة عندنا حتى يصير كأن العقد قد بقي فثبت ذلك في حق الشفع والموكل وهذا بخلاف موطأ الكل في المربحة وتولية فانه ان راجح على كل الثمن ويؤليه (قوله ومن اشترى غلاما) أو غيره (بالف نسبته فباعه بربح مائة ولم يبين) أنه اشتراه نسبته بالالف (فعلم المشتري) بذلك (فله الخيار) ان شاء رده وان شاء قبل بالالف والمائة صالحة وانما يثبت له الخيار (لان للاجل شبهه بالمبيع) أن لا يرى أنه يزداد في الثمن لاجله والشبهة ملحقة بالحقيقة وكان كاله اشترى شيئين بالالف (وباع أحدهما) برام على وجه المربحة وهذا خيانة فيها اذا كانا مبيعين حقيقة فاذا كان أحدهما شيئين يشبه المبيع يكون هذا شبهة الخيانة وشبهة الخيانة ملحقة بالحقيقة في المربحة (فاذا ظهرت بخير) على ما عرف من مذهب أبي حنيفة ومحمد ولو فرغ على قول أبي يوسف ينبغي أن يحط من الثمن ما يعرف أن مثله في هذا يزداد لاجل الاجل هذا اذا علم الخيانة قبل هلاك المبيع (فلو علم) بعد ما هلك أو استهلكه (لزمه بالف ومائة) حاله لان الاجل لا يقابله شيء حقيقة والذي كان ثابتا له مجرد رأي وقد تعذر بعد هلاكه وهكذا (لو كان ولاه ياه ولم يبين) أنه اشتراه الى اجل فعلم المشتري قبيل الهلاك يعني ثبت له خيار الرد وقبوله بالالف حاله ولو الاسلام أو اليسر رحمانه (قوله والمعنى ما بينا) أما في فرض فارلاد كرفي الاعور ارأ ان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن وأما في حق تكسر الثوب بنشره فلما ذكر في فقه العين أنه صار مقصودا بالاتلاف (قوله لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن) أي حقيقة اما شبهة المقابلة فثبتة ولهذا يزداد في الثمن لاجل الاجل فاعتبر الاجل ملافا للمربحة حتى اشترط بيان الاجل احتراز عن شبهة الخيانة ولم يعتبر في حق الرجوع لانه ليس بمال في الحقيقة وفي المبسوط فان لم يصبه عيب لكنه أصاب من غلة الدار أو الدابة أو الخادم شيئا فله أن يبيع المشتري مربحة على ثمنه لان الغلة ليست بمنزلة من العين فلا يكون حاسبا شيئا من المعقود عليه باعتبارها ولان الغلة كان اشتراه باجل وباعه ياه من غير بيان فكان للمشتري الخيار لان التولية في وجوب الاحتراز عن شبهة الخيانة كالمربحة لانه الثمن الاول بلا زيادة ولا نقصان

(قوله وسيسير المصنف الى هذا بقوله ولم يكن الاجل الح) أقول في الاشارة خفاء

(ولن) كان (استهلكه ثم علم) بالخيانة (١٣٤) (لزمه بالفحالة لما ذكرنا) أن الاجل لا يقابله شيء من الثمن حقيقة وعن أبي يوسف

على الثمن الاول (وان كان استهلكه ثم علم لزمه بالفحالة) لما ذكرنا وعن أبي يوسف رحمه الله أنه ورد القيمة يسترد كل الثمن وهو نظير ما إذا استوفى الزوف مكان الجيد او علم بعد الاتفاق وسيأتى من بعد ان شاء الله تعالى وقيل يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه منجهم معتاد قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالشروط وقيل يبيعه ولا يبيعه لان الثمن حال قال (ومن ولي رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبائع فاسد) لجهالة الثمن (فان أعلمه البائع يعني في المجلس فهو بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه) لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كاخير القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل الاصلاح ونظيره بيع الشيء بركة اذا علم في المجلس وانما يتخير لان الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيختير في خيار الرؤية

فرع على قول أبي يوسف ينبغي أن يفعل ما ذكرنا (وان كان استهلكه ثم علم لزمه بالفحالة لما ذكرنا) من أن الاجل لا يقابله شيء من الثمن حقيقة (وعن أبي يوسف أنه) بعد الهالك (رد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير) قوله فيه (ما إذا استوفى) صاحب الدين من دائنه (مكان) الدين (الجيد زوفا) وهو لا يعلم بزيافته حتى أنفقها فانه عند أبي يوسف يرد مثلها من الزوف ويسترد الجيد (وسيأتى) ان شاء الله تعالى في مسائل منثورة (وقيل يقوم بثمن حال وبمؤجل فيرجع بفضل ما بينهما) على البائع قاله الفقيه أبو جعفر الهنداوي (ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه معتاد للتخيم قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالشروط وقيل يبيعه ولا يبيعه لان الثمن) ما كان الا (حالا) في العقد أم لو فرضنا أنه باع به بلا شرط أجل فلم ينقده الى شهر مطلقا فلا شك انه يبيعه مرا بحة بالالف (قوله ومن ولي رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبائع فاسد لجهالة الثمن فان أعلمه البائع يعني في المجلس) ما قام به عليه (فهو بالخيار ان شاء رد البيع وان شاء قبل لان الفساد) وان كان في صلب العقد ولكنه (لم يتقرر) انما يتقرر بمعنى المجلس وهذا يبين أن هذا العقد ونحوه من البيع برقة قبل معرفة الرقيم ينقذ فاسد له عرضة العتة وهو الصحيح خلافا لما روي عن محمد أنه صحيح له عرضة الفساد ولما كان المجلس جامعا للمتفرقات يعتبر الواقع في أطرافه كالواقع معا كان تاخير البيان أي بيان قدر الثمن (تأخير القبول الى آخر المجلس) فانه يجوز ويتصل بالايجاب السابق أول المجلس كذا هذا ليكون سكونه عن تعيين الثمن في تحقق الفساد موقوفا على آخره فان تبين فيه اتصال بالايجاب الذي سكت فيه عنه وان انقضى قبله تقرر الفساد فلا ينقلب بعده صحيحا وانما يتخير (بهذا العلم في المجلس) لان الرضا لم يتم قبله (فلا يتم البيع) كافي خيار الرؤية لم يتم الرضا قبل الرؤية

بدل المنفعة واستيفاء المنفعة لا عنده من بيعهما ربحا كذا بدلها وهذا لا ينفع عليها بازاء ما نال من المنفعة واذا ولدت الجارية أو السائمة أو أثمر الخيل فلا باس ببيع الاصل مع الزيادة مرا بحة لانه لم يجز شيان المعقود عليه وان نقصتها الولادة فهو نقصان بغيره هل أحدو بازائه ما يجبره وهو الولد ففي ممل هذا النقصان له أن يبيعه مرا بحة وان لم يكن بازاء النقصان ما يجبره فاذا كان أولى فان استهلك المشتري الزيادة لم يبيع الاصل مرا بحة حتى يبين ما أصاب من ذلك لان ما استهلكه متول من العين ولو استهلك جزء من عينها لم يبيعها مرا بحة من غير بيان فكذلك اذا استهلك ما تولد من العين وكذلك ألبان الغنم وأصوافها وسمنها اذا أصاب من ذلك شيئا فلا يبيع الاصل مرا بحة حتى يبين ما أصاب ههنا لان ما أصاب حكم جزء من عينها وعند الشافعي رحمه الله أن يبيعها مرا بحة بناء على مذهبه أن الزيادة المنفصلة وان كانت متولدة من العين فهي بمنزلة الغلة حتى لا يجمع رد الاصل بالعيب وان كان أنفق عليها ما يساوي ذلك في علفها وما يصرفها فلا باس بان يبيعها مرا بحة من غير بيان لان حصول الزيادة به باعتبار ما أنفق عليها من ماله والغنم مقابل بالغرم (قوله لما ذكرنا) اشارة الى قوله لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن (قوله فلا يقبل الاصلاح) لان جهالة الثمن فساد في صلب العقد الا أنه في مجلس العقد غير متقرر لان ساعات المجلس كساعة واحدة فصارت التأخير الى آخر المجلس غفورا

العقد لان ساعات المجلس كساعة واحدة وصار كاخير القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق تقرر والفساد المتقرر لا يقبل (فصل)

أنه رد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما إذا استوفى الزوف مكان الجيد او علم بعد الاتفاق وسيأتى من بعد ان شاء الله تعالى وقيل يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه منجهم معتاد قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالشروط وقيل يبيعه ولا يبيعه لان الثمن حال قال (ومن ولي رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبائع فاسد لجهالة الثمن فان أعلمه البائع يعني في المجلس فهو بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه) لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كاخير القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل الاصلاح ونظيره بيع الشيء بركة اذا علم في المجلس وانما يتخير لان الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيختير في خيار الرؤية

العقد لان ساعات المجلس كساعة واحدة وصار كاخير القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق تقرر والفساد المتقرر لا يقبل (فصل)

***(فصل ومن اشترى شيئا من قبله ببيعته حتى يقبضه لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع مالم يقبض)**

فعد وجودها بغيره ***(فروغ)*** اشترى ثوبا ليس له أن يراج على ذراع منه لان الثمن لا ينقسم على ذرعة ولو راج على ماله نسبة معلومة منه كنصفه ثلثه ثمنه جاز ولو اشترى نصف عبدة ثم اشترى النصف الآخر بمائتين فله أن يبيع أي النصفين شاء مرا بحة على ما اشتراه به وان شاء باع كله مرا بحة على ثلثائهما ويقول قام على بكذا ولو وهب له البائع الثمن كله فله أن يراج على الثمن كله ولو وهب له أو حط عنه بعضه ليس له أن يراج الاعلى ما بقى ولو باعه بالثمن عرضا أو أعطى به وهنا فهاك كان له أن يراج على الثمن لانه صار قابضاه بهذا الطريق ولو اشترى بعشرة جياذ ونقدته بثلثين فبها البائع فله أن يراج على عشرة جياذ ولو وهب ما اشتراه بعشرة ثم جاع فيه له أن يبيعه مرا بحة على العشرة وكذلك ان باعه ثم رد عليه بعيب أو فساد يبيع أو يخار أو قاله أن يراج على الثمن الذي كان اشترى به ولو اشترى ثوبا ببيعة ثم جاع اليه بغيره أو هبة لم يكن له أن يبيعه مرا بحة لانه ما عاد الى الملك المستفاد بالشراء الاول ولو وجد بالبيع عيبا فرضى به له أن يبيعه مرا بحة على الثمن الذي اشتراه به لان الثابت له خيار فاسقاطه لا يمنع من البيع مرا بحة كذا كان فيه خيار شرط أو رؤى بكذا ولو اشترى مرا بحة فاطلع على خيانة فرضى به كان له أن يبيعه مرا بحة على ما أخذه به لانه ذكرنا أن الثابت له مجرد خيار ولو اشترى شيئا بغيره فاحش أو بدى له على انسان وهو لا يشترى بذلك القدر بالغير فليس له أن يبيعه مرا بحة من غير بيان ولو اشترى بالدين ما يباع بمثله جاز أن يراج عليه سواء أخذه بلفظ الشراء أو بلفظ البيع في رواية وفي ظاهر الرواية يفرق بين الصل والشراء لما تقدم لكن الوجه أنه اذا علم أنه ثمنه وجب أن يراج عليه لان منع المراجعة ما كان الاتهمة الخطيئة فاذا تبين انتفاءها ارتفع المانع بينه وبين الله تعالى ولو اشترى يارضة ثيابا فاقسمها ليس لاحدهما أن يبيع ما يخصه مرا بحة بخلاف ما لو اشترى بكمبلا جنسا واحدا فاقسمها حيث يجوز ذلك ولو اشترى الرزمة واحدة فنقومها ثوبا باليس له أن يبيع ثوبا منها مرا بحة على ما قوم الا ما قدمنا من أنه يقول قيمة هذا ألف أو قزم هذا بكذا أو أنا ببعك مرا بحة على هذه القيمة كما مر في الرقم باز يمين ثمنه أمال أو سلم في ثوبين ووصفهما بصفة واحدة ليس له أن يبيع أحدهما مرا بحة على نصف رأس مال السلم عند أي خنيعة وعندهما يجوز ولو باعه نصف ما اشتراه مرا بحة على نصف ثمنه كان ثوبا واحدا ليس له ذلك وان كان مثليا وهو جنس واحد كقطع أم كل نصفه كان له ذلك لان انقسام الثمن عليه بالاجزاء بخلاف الاول لان انقسامه عليه بالقيمة باعتبار الاوصاف أعنى المذرعان ولا ينقسم الثمن باعتبارها وعلى هذا ينبغي أن لا يراج في نصف العبد على نصف الثمن ولو اشترى ثيابا بصفتها واحدة كل ثوب بكذا فله أن يبيع كل واحد مرا بحة عند أي خنيعة أو أي يوسف وقال محمد لا يراج حتى يبين انه اشتراه مع غيره ولو باعه بوضعية تدبازده فطريقه أن يجعل كل درهم من رأس المال أحد عشر جزا فإذا كان الثمن عشرة فتكون الجملة مائة وعشرة فتسقط عشرة فيصير جملة الثمن تسعة وجزأ من أحد عشر جزأ من درهم

(فصل) قوله ومن اشترى شيئا من قبله ببيعته حتى يقبضه انما اقتصر على البيع ولم يقل أن يتصرف فيه لتكون اتفاقية فان محمد بن حبيب المبتدع والصدقة به قبل القبض وقال مالك يجوز بيع

كناخبة القبول فان القبول في آخر المجلس يرتبط بالاجاب وان تخلت بينهما ساعات وكذا العلم بالحاصل في آخر المجلس كالعلم بالحاصل في أوله فصح على تقدير الابتداء فالما بعد الافتراق فاصلاح لا ابتداء لتقرر الفساد بالافتراق وهذا اذا لا يحتمل الاصلاح بخلاف ما اذا باع الى الحصاد أو سقط الاجل قبل الحصاد لانه لم يتقرر أوله ليس في صلب العقد وهذا في صلب العقد

(فصل) قوله لانه عليه السلام نهى عن بيع مالم يقبض وهو أن النبي عليه السلام قال لعناب بن

الاصلاح وتظهره البيع بالرقم في صحته بالبيان في المجلس وتقرر فساد به بعده وفيه أما خيار المشتري فله الغل في الرضالانه لا يتحقق قبل معرفة مقدار الثمن كالا يتحقق قبل معرفة مقدار الثمن كما لا يتحقق قبل الرؤية لا يتحقق قبل الرؤية فالحق به ***(فصل)*** وجه ايراد الفصل ظاهر لان المسائل المذكورة فيه ليست من باب المراجعة ووجه ذكرها في باب المراجعة الاستطراد باعتبار تقيدها بتقديره على البيع المجرد عن الاوصاف كالمراجعة والتولية قال (ومن اشترى شيئا مما ينقل) نقلا حسبا (و) هو المراد بقوله (بحول) فسر به بذلك لتلايتهم انه احتراز عن المذبح (لم يجز له أن يبيعه حتى يقبضه لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع مالم يقبض وهو باطلا فحجة على مالك رحمه الله في تخصيص ذلك بالطعام ولا تغسله بما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه صلى الله عليه وسلم قال ان اشترى أحدكم طعاما فلا يبيعه حتى يقبضه وفي رواية حتى يستوفيه

***(فصل ومن اشترى مما**

ينقل)* قوله احتراز عن

المذبح) أقول فانه لا ينقل

نقل شرعيا

فان تخصص الطعام بدل على ان اخكم فيما عداه بخلافه لان ابن عباس قال وأحسب كل شيء مثل الطعام وذلك دليل على ان التخصص لم يكن مراداً وكان ذلك معروفاً بين الصحابة (١٣٦) حدث الطحاوي في شرح الاسماء مسنداً الى ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال ابتعت زيتاني في السوق فلما استوفيت

ولان فيه غرراً انفساخ العقد على اعتبار الهلاك

التصرفات من بيع وغيره قبل القبض الا في الطعام لانه صلى الله عليه وسلم خص الطعام بالنهي في حديث رواه مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه أخرجه الشيخان وفي الغلط حتى يقرضه قلنا قد رواه ابن عباس أيضاً قال وأحسب كل شيء مثل الطعام أخرجه عنه أئمة الكتب الستة وعنده قوله ما روى أبو داود عن ابن اسحق الى ابن عمر قال ابتعت زيتاني في السوق فلما استوفيت لقيني رجل فاعطاني فيه رجلاً فاعطاني به رجلاً حسناً فاردت أن أضرب على يده فاحذر رجلاً من خلتي بذراعي فالتفت فاذا زيد بن ثابت فقال لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزها الى وحلكت فان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ابتاع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار الى رجالهم ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في المستدرک وصححه وقال في التلخيص سنده جيد وقال ابن اسحق صرح فيه بالتحديث وأخرج النسائي أيضاً في سننه الكبير عن علي بن حكيم عن يوسف بن ماهك عن عبد الله بن عيسى عن حكيم بن حزام قال قلت يا رسول الله اني رجس أبتاع هذه البسوة وأبيعها ما يعلل مني ما يحرم قال لا تبين شيئاً حتى تقبضه ورواه أحد في مسنده وابن حبان وقال هذا الحديث مشهور عن يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام ليس بينهما ابن عسمة والحاصل أن المخرجين منهم من يدخل ابن عسمة بين ابن ماهك وحكيم ومنهم من لا وابن عسمة ضعيف جداً في قول بعضهم قال صاحب التلخيص قال ابن خزم عبد الله بن عسمة مجهول وصح الحديث من رواية يوسف ابن ماهك نفسه عن حكيم لانه صرح في رواية قاسم بن أصبغ بسماعه منه والصحیح أن بينهما عبد الله بن عسمة الجشمي بخاري ذكره ابن حبان في الثقات وقال عبد الحق انه ضعيف وتبعه ابن القطان وكلاهما مخطئ وقد اشتبه عليهما عبد الله بن عسمة هذا بالنسبي أو غيره ممن يسمى عبد الله بن عسمة انتهى كلامه فالحق أن الحديث حجة والذي قبله كذلك والحاجة بعد ذلك الى دلائل التخصص بغير العقار لا في حنيقة يذكر هناك والاحاديث كثيرة في هذا المعنى ثم علل الحديث (لان فيه غرراً انفساخ العقد) الاول (على اعتبار هلاك المبيع) قبل القبض فيتم حينئذ باع ملك الغير بغير اذنه وذلك مغسول للعقد وفي الصحاح انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر والغرر ما طوى عنك علمه والدليل على اعتبار هذا المعنى أناراً انما التصرف في ابدال العقود التي لا تنفسخ بالهلاك جائز فلا يصح غرر انفساخ كالتصرف في المهر لها وبديل الخلع للزوج والعقود على مال وبديل الصلح عن دم العمد قبل القبض جائز اذا كانت لا تنفسخ بالهلاك فظهر أن السبب ما قلناه هذا وقد أحقوا بالبيع غير فلتحوزها جازته ولاهبة ولا التصديق به بخلاف الحمد في الهبة والصدقة وكذا اقراضه ورهنه من غير بائع فلا يجوز شيء من ذلك واذا أجاز الحمد هذه التصرفات في المبيع قبل القبض ففي الاجر قبل قبضها اذا كانت عيناً أولى فصار الاصل أن كل عقد ينفسخ به لاله العوض قبل القبض لم يجوز التصرف في ذلك العوض قبل قبضه كالمبيع في البيع والجره اذا كانت عيناً في الاجارة وبديل

للقيني رجل فاعطاني به رجلاً حسناً فاردت أن أضرب على يده فاحذر رجلاً من خلتي بذراعي فالتفت فاذا زيد بن ثابت فقال لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزها الى وحلكت فان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ابتاع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار الى رجالهم ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في المستدرک وصححه وقال في التلخيص سنده جيد وقال ابن اسحق صرح فيه بالتحديث وأخرج النسائي أيضاً في سننه الكبير عن علي بن حكيم عن يوسف بن ماهك عن عبد الله بن عيسى عن حكيم بن حزام قال قلت يا رسول الله اني رجس أبتاع هذه البسوة وأبيعها ما يعلل مني ما يحرم قال لا تبين شيئاً حتى تقبضه ورواه أحد في مسنده وابن حبان وقال هذا الحديث مشهور عن يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام ليس بينهما ابن عسمة والحاصل أن المخرجين منهم من يدخل ابن عسمة بين ابن ماهك وحكيم ومنهم من لا وابن عسمة ضعيف جداً في قول بعضهم قال صاحب التلخيص قال ابن خزم عبد الله بن عسمة مجهول وصح الحديث من رواية يوسف ابن ماهك نفسه عن حكيم لانه صرح في رواية قاسم بن أصبغ بسماعه منه والصحیح أن بينهما عبد الله بن عسمة الجشمي بخاري ذكره ابن حبان في الثقات وقال عبد الحق انه ضعيف وتبعه ابن القطان وكلاهما مخطئ وقد اشتبه عليهما عبد الله بن عسمة هذا بالنسبي أو غيره ممن يسمى عبد الله بن عسمة انتهى كلامه فالحق أن الحديث حجة والذي قبله كذلك والحاجة بعد ذلك الى دلائل التخصص بغير العقار لا في حنيقة يذكر هناك والاحاديث كثيرة في هذا المعنى ثم علل الحديث (لان فيه غرراً انفساخ العقد) الاول (على اعتبار هلاك المبيع) قبل القبض فيتم حينئذ باع ملك الغير بغير اذنه وذلك مغسول للعقد وفي الصحاح انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر والغرر ما طوى عنك علمه والدليل على اعتبار هذا المعنى أناراً انما التصرف في ابدال العقود التي لا تنفسخ بالهلاك جائز فلا يصح غرر انفساخ كالتصرف في المهر لها وبديل الخلع للزوج والعقود على مال وبديل الصلح عن دم العمد قبل القبض جائز اذا كانت لا تنفسخ بالهلاك فظهر أن السبب ما قلناه هذا وقد أحقوا بالبيع غير فلتحوزها جازته ولاهبة ولا التصديق به بخلاف الحمد في الهبة والصدقة وكذا اقراضه ورهنه من غير بائع فلا يجوز شيء من ذلك واذا أجاز الحمد هذه التصرفات في المبيع قبل القبض ففي الاجر قبل قبضها اذا كانت عيناً أولى فصار الاصل أن كل عقد ينفسخ به لاله العوض قبل القبض لم يجوز التصرف في ذلك العوض قبل قبضه كالمبيع في البيع والجره اذا كانت عيناً في الاجارة وبديل

الاول على تقدير هلاك المبيع في يد البائع والغرر غير جائز لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر والعمر ما طوى (ويجوز

(قوله فان تخصص الطعام بدل على أن الحكم الم) أقول فيه أن الخصم يمتاز في كون المفهوم حجة ولو سلم فلا يرضى المنطوق (قوله معروفاً بين الصحابة) أقول فيه تأمل

عنك غلظه وقد تقدم واعترض بان غرر الانفساخ بعد القبض أيضا متوهم على تقدير ظهور الاستحقاق وليس بمانع ولا يدفع بان عدم ظهور الاستحقاق أصلا لان عدم الهلاك كذلك فاستويا وأجيب بان عدم جواز قبل القبض ثبت بالنص على خلاف القياس لثبوت الملك المطلق للتصرف المطلق بقوله تعالى وأحل الله البيع وليس ما بعد القبض في معناه لان فيه غرر الانفساخ بالهلاك والاستحقاق فيما بعد القبض غرره بالاستحقاق خاصة فلم يلحق به ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة (١٣٧) وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز رجوعا

الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول بجامع عدم القبض فيهما وصار كالأجارة فانها في العقار لا تجوز قبل القبض والجامع اشتباههما على ربح مالم يضمن فان المقصود من البيع الربح وربح مالم يضمن منهى عنه شرعا والله يفتي بالفساد فيكون البيع فاسدا قبل القبض لانه لم يدخل في ضمانه كما في الأجارة (ولهما ان ركن البيع صدر من أهله) لكونه بائنا مافلا غير محجور عليه (في محله) لانه محصل المولك له وذلك يقتضي الجواز والمانع وهو الغرر معدوم فيه لانه باعتبار الهلاك وهو في العقار نادر فيه فصع العقول وجو المقضى وانتفاء المانع بخلاف المنقول فان المانع فيه موجود ومنع انتفاء المانع في العقار فانه غرر الانفساخ وقد وجد بالرد بالعيب وأجيب بأنه لا يصح لانه اذا جاز البيع فيه قبل القبض صار ملكا للمشتري وحينئذ لا يملك المشتري الاول الرد وفيه نظر لانه ان رد عليه بقضاء القاضي عاد

(ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز) رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول وصار كالأجارة ولهما ان ركن البيع صدر من أهله في محله ولا غرر فيه الصلح عن الدين اذا كان عينا لا يجوز بيع شيء من ذلك ولان بشرط فيه غيره الى آخر ما ذكرنا وما لا ينسخ به لملك العوض فالتصرف فيه قبل القبض جائز كالأجارة اذا كان عينا وبذل الخلع والعق على مال وبذل الصلح عن دم العمد كل ذلك اذا كان عينا لا يجوز بيعه وهبته وأجارته قبل قبضه وسائر التصرفات في قول أبي يوسف ولو أوصى به قبل القبض ثم مات قبل القبض صححت الوصية بالاجماع لان الوصية أخت الميراث ولومات قبل القبض ورث عنه فكذلك اذا أوصى به ثم قال محمد كل تصرف لا يتم الا بالقبض كالهبة والصدقة والرهن والغرض فهو جائز في المبيع قبل القبض اذا سلطه على قبضه فقبضه ووجهه أن تمام هذا العقد لا يكون الا بالقبض والمانع زائل عند ذلك بخلاف البيع والأجارة فانه يلزم بنفسه وقائه بهما فدين غير من عليه الدين فانه لا يجوز اذا سلطه على قبضه اذا لمانع فانه يكون نايبا عنه ثم يصير قابضا لنفسه كما لو قال اطعم عن كفارتى جاز ويكون الغدير نايبا عنه في القبض ثم قابضا لنفسه بخلاف البيع وأبي يوسف يقول البيع أسرع نفاذا من الهبة بدليل ان الشروع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع وأيضا هذه التصرفات تنبئ على الملك وغرر الانفساخ يمنع تمامه فكان قاصر في حق اطلاق التمسك وأما اعتق عن كفارتى فانه طلب التمسك لا تصرف مبني على الملك القائم فان قيل لو اعتبر الغرر امتنع بعد القبض أيضا لاحتمال ظهور الاستحقاق فالجواب انه أضعف لان ما يتحقق به بعد القبض يتحقق به قبله ولا يزيد باعتبار الهلاك أيضا فكان أكثر مظانا قبل القبض ولان اعتبارا بعده بسبب البيع ولو باعه المشتري من بائعه قبل قبضه لا يجوز ولو وهبه يجوز على اعتباره مجازا عن الأجارة فان قيل هذا النهى باعتبار أمر مجاور فينبغي أن لا يوجب الفساد كالبيع وقت النداء أجيب بان الغرر في المبيع لا يحجور له فانه باعتبار انه مملوك أو غير مملوك للمشتري على تقدير الهلاك وأورد على التأخير ان بعد تسليم أن البيع يفسخ بملك المبيع قبل القبض أى امتناع فيه فليكن كذلك وغاية لامرانه ظهور ان البيع الثاني لم يصح فيترادان ومشله واقع في الشفعة والبيع بعد ظهور الاستحقاق (قوله ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف) وهو قوله الآخر (وقال محمد لا يجوز) وهو قول أبي يوسف الاول وقول الشافعي (رجوعا الى اطلاق الحديث) يعني عموم وهو ما في حديث حكيم من قوله صلى الله عليه وسلم لا تبعن شيئا حتى تقبضه بخلاف ما قبله من حديث ابن عمر فانه خاص بالمنقول أعنى قوله نهى عن بيع السلع حتى يجوزها المتعار الى رحالهم ولا نهى عن ربح مالم يضمن ولو باع العقار بربح يلزم ربح مالم يضمن وصار بيع العقار كآجارته وأجارته قبل قبضه لا تجوز فكذلكه ولان السبب وهو البيع انما يتم بالقبض ولهذا جعل الحادث بعد العقد قبل القبض كالحادث عند العقد والملك انما ينشأ كدبتا كد السبب وفي هذا العقار والمنقول سواء (ولهما) أى لابي حنيفة وأبي يوسف (ان ركن البيع صدر من أهله في محله) والمانع المثير للنهي وهو غرر الانفساخ بالهلاك منتف (فان هلاك العقار نادر) والنادر لا عبرة به مانحن فيه

(١٨ - فتح القدير والكفاية) - سادس (له الرد والاولى ان يقال كلامنا في غرر الانفساخ وما ذكرتم غرر الانفساخ واذا كان

(قوله وأجيب بان عدم جواز الخ) أقول الاعتراض كان متوجها على الدليل المنقول لعل الاستدلال بالحديث فلا يستقيم هذا الجواب (قوله فلم يلحق به) أقول أى بطريق الدلالة (قوله رجوعا الى اطلاق الحديث) أقول أى عموم ما قال المصنف (ولهما ان ركن البيع الخ) أقول اذا استدل بمحذاته اذا باع العقار الغير المقبوض بربح يلزم ربح مالم يضمن وهو منهى فسا جوابه - معاذنه (قوله ومنع انتفاء المانع في العقار فانه الى قوله وأجيب بانه) أقول المجيب هو الاثنان وضمير فانه راجع الى المانع وضمير بانه في قوله وأجيب بانه راجع الى الرد

الهلال في العقار نادرا كان غررا نفساخ العقد المنهى عنه متغيا والحديث معلول به فلم يدخل فيه العقار فجاز بيعه قبل القبض لا بدليل الجواز من الكتاب والسنة والاجماع واعترض بأنه تعليل في موضع النص وهو ما روي أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع مالم يقبض وهو عام والتعليل في موضع النص غير مقبول وأجيب بأنه عادم بحاله الخصوص لاجتماعه على جواز التصرف في الثمن والصدائق قبل القبض ومثل هذا العام يجوز تخصيصه بالقياس فتحمله على المنقول كذا في المبسوط وفيه بحث لأن المراد بالحديث المنهى عن بيع مبيع لم يقبض بدليل حديث حكيم بن حزام إذا ابتعت شيئا (١٣٨) فلا تبعه حتى تقبض سلمنا أنه نهى عن بيع مالم يقبض من ماله الذي ثبت

لان الهلاك في العقار نادرا بخلاف المنقول والغرو المنهى عنه غررا نفساخ العقد والحديث معلول به عملا بدلائل الجواز

ولا يبنى الفقه باعتباره فلا يمنع الجواز وهذا لأنه لا يتصور هلاكه الا اذا صار بحرا ونحوه حتى قال بعض المشايخ ان جواب أبي حنيفة في موضع لا يخشى عليه أن يصير بحرا أو يغلب عليه الرمال فاما في موضع لا يؤمن عليه ذلك فلا يجوز كما في المنقول ذكره المحبوبي وفي الاختيار حتى لو كان على شط البحر أو كان المبيع علوا لا يجوز بيعه قبل القبض والحديث الذي استدله به (معلول به) أي بغير الانفساخ والدليل عليه ان التصرف الذي لا يمنع بالغرو نافذ في المبيع قبل القبض وهو العتق والتزوج عليه به ظهر فساد قولهم ان كذا المالك بئرا كذا السبب وذلك بالقبض لان العتق في استدعاء ملك تام فوق البيع ويجوز في المبيع قبل القبض العتق (وانما قلنا) التزوج لا يعامل بالغرو لانه لو هلك المهر المعتبر لم يفسخ النكاح وأورد انه تعليل في مقابلة النص فانه تخصيص هو موهوم فؤدى الى تقديم القياس والمعنى على النص وهو ممنوع الجواب انه خص منه أشياء منها جواز التصرف في الثمن قبل قبضه وكذا المهر يجوز لها بيعه وهبته وكذا الزوج في بدل الخلع وكذا ربا الدين في الدين اذا ملكه غيره وسأطه على قبضه جاز وكذا أخذ الشفيع قبل قبض المشتري ولا شك أن ملكه حينئذ شراء قبل القبض فلو كان العقار قبل القبض لا يجتمل التملك بيد من يثبت للشفيع حق الاخذ قبل القبض وهذا يخرج الى الاستدلال بدلالة الاجماع على جواز بيع العقار قبل القبض وأما الإلحاق بالاجارة ففي منع الاجارة قبل القبض منع فانه قيل انه على هذا الخلاف والصحيح كما قال في الفوائد الظهيرية أن الاجارة قبل القبض لا تجوز، بخلاف الآن المنافع بمنزلة المنقول والاجارة تملك المنافع فيمنع جوازها قبل القبض وفي الكافي وعليه الفتوى واذا عرف من الجواب أن التصرف في الثمن قبل القبض يجوز وفي المبيع لا يجوز كان تميمه بأن يذكر هنا مبيع المبيع عن الثمن وان كان قد سلف فالدرهم والدنانير اثمان أبدا وذوات القسم مبيعة أبدا والمثلثات من المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة اذا قوبلت بالنقد مبيعة أبدا والاعيان وهي معينة تن أو غير معينة مبيعة كمن قال اشترت كرا من الحنطة ثم ذا العبد فلا يصح الا بشرائط السلم وقيل المثلثات اذا لم تكن معينة وقوبلت بغيرها ثمن مع المفاوضة دخل عليها الباء اذا عرف هذا فلا ثمن يجوز التصرف فيها قبل القبض استبدالا في غير الصرف والسلم واختلاف في القرض والاصح جوازه والمبيعات تقدم حالها عند ذكرنا الإلحاق ولو باع عبدا وسلمه ثم أقال فبيعه من المشتري قبل القبض يجوز ومن الاجنبي لا يجوز وللشافعي قولان والاصل أن البيع ممتنع

(قوله والحديث معلول به) قيل هذا تعليل في موضع النص وهو ما روي أنه عليه السلام نهى عن بيع مالم يقبض وأنه عام قلنا الحديث دخله خصوص فبيع المهر وبدل الخلع والصالح عن دم العمد والميراث قبل القبض يصح اتفاقا لما أنه لا يتوهم انفساخ العقد بالهلاك وكذا لا يتوهم الانفساخ ههنا

بسبب من الاسباب لكن الاجماع لا يصلح تخصيصا سلمنا من الاجتناب لذلك لكن التخصيص لبيان انه لم يدخل في العام بعد ادخاله تناولوه واذا كان الحديث معلولا بغير الانفساخ لا يجتمل تناول ما ليس فيه ذلك اذ الشيء لا يجتمل تناول ما ينافيه تناول فردا واعلم اني اذكر لك ما سخر لي في هذا الموضع بتوفيق الله تعالى على وجهه يندفع به جميع ذلك وهو أن يقال الاصل أن يكون بيع المنقول وغير المنقول قبل القبض جائز العموم قوله تعالى وأحل الله البيع لكنه خص منه ما لا بدليل مستعمل مقارن وهو قوله تعالى وحرم الربا والعام المخصوص يجوز تخصيصه بخبر الواحد وهو ما روي أنه نهى عن بيع مالم يقبض ثم لا يجزأ ما أن يكون معلولا بغير الانفساخ ولا خلاف كان فقد ثبت المطلوب حيث لا يتناول العقار وان لم يكن وقع التعارض بينهما وبين ما روي في السنن مسندا الى

الاعرج عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر وبين أدلة الجواز وذلك يستلزم الاجارة الترتيب وجعله معلولا بذلك اعسال لثبوت التوفيق حينئذ والاعمال متعين لانه وكالم يتناول العقار لم يتناول الصداق وبدل الخلع ويكون ممتنعا بعد تنفيج ماله المعوض قبل القبض هذا والله أعلم بالصواب

(قوله لكن التخصيص لبيان انه لم يدخل في العام الخ) أقول فيه بحث فان لفظة مالم يقبض يتناول العقار أيضا والقياس تخصيصه بالمنقول (قوله وان لم يكن وقع التعارض) أقول فيه تامل اذ لا يظهر التعارض بينهما وبين ما روي مسندا الى الاعرج (قوله وبينه وبين أدلة الجواز) أقول اذا كان مخصصا لأدلة الجواز فكيف يوجد التعارض

(قوله والجاراة) جواب عن قياس محذور التزاع على الجارة وتقريره أنها تصلح مقياسا عليها لأنه أعلى الاختلاف قال في الإيضاح ما لا يجوز بيعه قبل القبض لا يجوز الجارة لأن صحة الجارة بملك الرقبة فإذا ملك التصرف في الأصل وهو الرقبة ملك في التابع وقيل لا يجوز بل خلاف وهو الصحيح لأن المنافع بمنزلة المنقول والجاراة تمليك المنافع فيمتنع جوازها كبيع المنقول قال (ومن اشترى مكيلة أموز وناموزة الخ) إذا اشترى المكيل والموزون كالحنطة والشعير والسمين والحديد وأراد التصرف (١٣٩) فذلك على أربعة أقسام اشترى مكيلة و باع مكيلة أو اشترى

والجاراة قبل على هذا الخلاف ولو سلم قلنا قد عطف عليه في الجارة المنافع وهلاكها غير نادر قال (ومن اشترى مكيلة أموز وناموزة الخ) كاله أو أنزله ثم باعه مكيلة أو موزة لم يجز للمشتري منه أن يبيعه ولأن يأكله حتى يعيد الكيل والوزن) لأن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ولأنه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب

الانفسخ بسبب هو دفع من كل وجه في حق كافة الناس في بيعه قبل القبض جائز من كل أحد وما هو دفع في حق العاقد من بيع في حق ثالث يجوز من المشتري لا الاجنبي (قوله ومن اشترى مكيلة أموز وناموزة) أي اشتراه على كذا كيل أو رطلا (فأكاله أو أنزله) لنفسه (ثم باعه مكيلة أو موزة) في الموزون (لم يجز للمشتري منه أن يبيعه حتى يعيد الكيل والوزن) لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري (روى من حديث جابر عن عبد الرحمن بن أبي ليلى وبلغظه من حديث أبي هريرة) زاد فيه ما جبه وصحى وابن أبي شيبة وأعل بمحمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى وبلغظه من حديث أبي هريرة) زاد فيه فيكون لصاحبه الزيادة وعليه النقصان رواه البراء بن محمد بن عبد الرحمن بن عبد الله بن الجري حدثنا محمد بن حسين عن هشام بن حسان عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة وقال لا نعلم روى عن أبي هريرة إلا من هذا الوجه وله طريقان أخران عن أنس وابن عباس ضعيفان وقال عبد الرزاق أن أحمرنا عمر عن يحيى بن أبي كثير أن عثمان بن عفان وحكيم بن حزام كانا يبتاعان التمر ويجعلانه في غرائث ثم يبيعهانه بذلك الكيل فنهأهما رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيعه حتى يكيلان ابتاعه منهما فهذا الحديث حجة كثيرة تعدد طرقه وقبول الأئمة إياه فانه قد قال بقوله هذا مالك والشافعي وأحمد ورضي الله عنهم وحين علله الفقهاء بجعله من تمام القبض إذ بالكيل يتم حقه عن حق البائع أخصى أن يكون أنقص أو أزيد فيضيق ماله عند البائع أو مال البائع عنده فالحقوا بمنع البيع منع الكل قبل الكيل والوزن وكل تصرف يبيعه على الملك كالهبة والوصية وما

فخص بالقياس لأن مثل هذا العام يجوز تخصيصه بالقياس على أنه يتناول المنازع القبض ذل ينافى فيه الحقيقي لأنه يكون بالنقل فتكون المسئلة مبينة على الاختلاف في غصب العقار (قوله والجاراة قبل على هذا الاختلاف) أي لا يجوز وللمشتري أن يوجز الدار المشتراة قبل القبض عند محمد رحمه الله وعندهما يجوز والاصح أن الجارة لا تصح اتفاقا وعليه الفتوى لأن الجارة تمليك المنافع والمنافع كالمنقول في احتمال الهلاك (قوله ومن اشترى مكيلة أموزة) قيد بالشراء لأنه إذا ملك مكيلة أموزة وناجبة أو وصية بجزله

التصرف قبل الكيل وكذا في الثمن وذ كرفي الإيضاح إذا قبض الكبر وهو من ثم باعه قبل الكيل جاز لأن التصرف في الثمن قبل القبض جائز وقيد بكونه مكيلة أموزة لأنه إذا باع المكيل أو الموزون بجزل فجاز التصرف فيه قبل الكيل بالبيع أو بالا كل وغيرهما (قوله لم يجز للمشتري منه) أي للمشتري الثاني من المشتري الأول أن يبيعه حتى يعيد الكيل لنفسه كما هو الحكم في المشتري الأول وإنما وضع المسئلة فيها إذا باعه المشتري الذي كتاله لشريه إلى أن تصرف المشتري قبل الكيل لا يجوز وأن كبل مرة قبل شرائه أو بعد شرائه بغيبته (قوله حتى يعيد الكيل) أي بعد شرائه ولا يكتفي بكبل باعه حيث اشترى باعه ولا

فإذا ملك التصرف في الرقبة ملك التصرف في التابع وما لا فلا وفي الغواثا الظاهر يثوق قبل الجارة لا يجوز بل خلاف وهو الصحيح لأن المنافع بمنزلة المنقول والجاراة تمليك المنافع فيمتنع جوازها لذلك وفي الكافي وعليه الفتوى انتهى (قوله لأن المنافع بمنزلة المنقول) في الفصل التاسع عشر من الفصول العمادة والشيوخ الإمام أبو الفضل الكرماني أو رد عليه أشكالا أنه إذا أجزأ المستأجر قبل القبض يجوز ولو صاع ما قال لا يجوز وأنه نهى قال ابن البرزقي وأنت شبيب بن العيينة قائم مقام المنفعة حتى ارتباط الآتين فينظر أيضا إلى ما قام به المنفعة انتهى وما ذكره تأييد للاشكال لجواب عنه كما هو ظاهر عبارته

و باع مكيلة أو اشترى
بجائزة وباع كذلك أو اشترى
مكيلة وباع بجائزة أو بالعكس
من ذلك ففي الأول لم يجز
للمشتري من المشتري الأول
أن يبيعه حتى يعيد الكيل
لنفسه كما كان الحكم في
حق المشتري الأول كذلك
لأن النبي صلى الله عليه وسلم
نهى عن بيع الطعام حتى
يجري فيه صاعان صاع
البائع وصاع المشتري ولأنه
يحتمل أن يزيد على المشروط
وذلك للبائع والتصرف في
مال الغير حرام فيجب التعرز
عنه وهو ترك التصرف
وهذه العلة موجودة في
الموزون فكان مثله وفي
الثاني لا يحتاج إلى كيل
لعدم الافتقار اليقين المقادير
وفي الثالث لا يحتاج المشتري
الثاني إلى كيل لأنه لما
اشترى بجائزة فملك جميع
ما كان مشار إليه فكان
متصرفا في ملك نفسه
قال المصنف والجاراة قبل
على هذا الاختلاف) أقول
قال العلامة الكاظمي
الإيضاح ما لا يجوز بيعه
قبل القبض لا يجوز الجارة
لأن صحة الجارة بملك الرقبة

قال المصنف (لان الزيادة له) واعترض بان الزيادة لا تنصرف في المجازفة وأجيب بان من الجائز ان يشتري مكيلة مكيلة فأكمله على انه عشرة أفغرة مثلاً ثم باعه بمجازفة فاذا هو اثنا عشر في الواقع فيكون زيادة على المكيل الذي اشتراه المشتري الاول وفيه من التعمل ما ترى وقيل المراد الزيادة التي كانت في ذهن البائع وذلك بان باع بمجازفة وفي ذهنه انه مائة فقير فاذا هو زائد على ما طنه فالزائد للمشتري ويجوز ان يجعل من باب العرض ومعنا ان المانع من التصرف هو احتمال الزيادة ولو فرض في المجازفة زيادة كانت للمشتري حيث لم يقع العقد مكيلة فهذا المانع على تقدير وجوده لم يمنع التصرف على تقدير عدمه أولى ويجوز فرض الحال اذا تعلق به غرض كقوله تعلى ان تدعوهم لايسمعوادعاءكم ولو سمعوا ما استجابوا لكم وفي الرابع يحتاج الى (١٤٠) كيل واحد اما كيل المشتري أو كيل البائع بحضرة لان الكيل شرط لجواز التصرف

التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه بمجازفة لان الزيادة له وبخلاف ما اذا باع الثوب مسدوعة لان الزيادة له اذا الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر ولا يعتبر بكيل البائع قبل البيع وان كان

أشبهه ما واختره بالمكيل الموزون وينبغي الحاق المعدود الذي لا يتفاوت كالجوز والبيض اذا اشترى معاددة وبه قال أبو حنيفة في أظهر الروايتين عنه فافسد البيع قبيل العدائيا لاتحاد الجامع وهو وجوب تعرف المقدار وزوال احتمال اختلاط المسالين فان الزيادة فيه للبائع خلافا لما روى عنه من جواز البيع الثاني قبل العدول ما كان في المذروعات الزيادة عند الحنيفة للمشتري لم يلقوها ولو اشترى ثوبا على انه عشرة أذرع جاز ان يبيعه قبل الذرع لانه لو زاد كان للمشتري ولو نقص كان له الخيار فاذا باعه بلا ذرع كان مسقطا خياره على تقدير النقص وله ذلك ولما كان الهسي عن بيع الطعام اقتصر على ما اذا كان المكيل أو الموزون مبيعاً ولو كان غنما بان اشترى بهذا البر على انه كرفق بضع جارتهم فيه قبيل الكيل والوزن لان التصرف في الثمن قبل قبضه جائز فالويل ان يجوز التصرف فيه قبل ما هو من تمام قبضه ثم لا يخفى ان طاهر النص منع بيع الطعام المكيلة فيقتضي منع بيعه بمجازفة ولا تعلم خلافا في أن طاهر متر ولو كان محمول على ما ذاق وقع البيع مكيلة أما اذا اشتراه بمجازفة ببيع صبرة فله أن يتصرف فيه قبل الكيل والوزن لان كل المشار اليه فلا يتصور اختلاط المسكين وقول المصنف فيه (لان الزيادة له) قبيل معناه الزيادة على ما كان يظنه بان اجماع صبرة على ظن أنها عشرة فقط ظهرت خمسة عشر وتسكف غيره وكذا ما يفيد طاهره من التزام جريان الصاعين محمول على ما اذا اشتراه البائع مكيلة وباعه كذلك اما اذا اشتراه بمجازفة فاجب احتياجه اذا باعه مكيلة الى كيل واحد للمشتري وقول الراوي حتى يجري في صاعان صاع البائع معناه صاع البائع لنفسه وهو محمول على ما اذا كان البائع اشتراه مكيلة أما لو كان ملكه بالارث أو الزرعة أو اشتري بمجازفة أو استقرض حنطة على انها كرم ثم باعها فالحاجة الى صاع واحد وهو صاع هذا المشتري وان كان الاستقرض تملكه بعوض كالشراء لكنه شراء صورة عارية بحكم لان ما مرده عين المقبوض حكمه وله الم يجب قبض بدله في مال الصرف فكان تملكه بلا عوض حكماً ولو اشترى مكيلة ثم باعه بمجازفة قبل الكيل وبعد القبض في ظاهر الرواية لا يجوز لاحتمال اختلاط ملك البائع بملك بائعه وفي نوادر ابن سماعية يجوز اذا عرف أن سبب الهسي أمر يرجع الى المبيع كان المبيع فاسدا ونص على الفساد في الجامع الصغير ونص على انه لو أكله وقد قبضه بلا كيل لا يقال انه أكل حراما لانه أكل ملك نفسه الا أنه آثم اتركه ما أمر به من الكيل فكان هذا الكلام أصلا في سائر المبيعات يباع فاسدا اذا قبضها فلكها ثم أكلها وتقدم انه لا يحل أكل ما اشتراه شراء فاسدا وهذا بين ان ليس كل ما يحل أكله اذا أكله أن يقال فيه أكل حراما (قوله ولا يعتبر بكيل البائع قبل البيع) من المشتري الثاني (وان كان) كاله لنفسه يريد به حتى يعيد الكيل بعد القبض مع الكيل لان الصحيح أنه لو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري

فيما يبيع مكيلة ما كان الحاجة الى تعيين المقدار الواسع مبيعا أو ما المجازفة فلا يحتاج اليه لما ذكرنا فان يسأل الهسي عن بيع الطعام الى الغاية المذكورة يتناول الاقسام الاربعة فياوجب تخصيصه بما في الكتاب فالجواب انه معلول باحتمال الزيادة على المشروط وذلك بما يتصور اذا بيع مكيلة فلم يتناول ما عداه وردبانه دعوى مجردة وأجيب بان التقضي من هذه ذلك بان يقال قوله تعلى وأحل الله البيع يقتضي جوازه مطلقا وهو مخصوص بأية الرابا فجاز تخصيصه بخبر الواحد وفيه ذكر جريان الصاعين وليس ذلك الاتعين المقدار وتعيين المقدار انما يحتاج اليه عند توهم زيادة أو نقصان فكان في النص ما يدل على انه معلول بذلك وهو في المجازفة معدوم فكان جائزا ولا كسلى ثم في قوله اشترى مكيلة إشارة الى أنه لو ملكه بمائة أوارث أو وصية

جاز التصرف فيه قبل الكيل بالبيع وغيره وكذلك وقع ثمننا كما سألني وحكم ببيع الثوب مذارعة حكم المجازفة في المكيل لان بحضرة الزيادة له اذا الذرع وصف في الثوب فلم يكن هناك احتمال الزيادة فلم تكن في معنى ما ورد به النص لتلق به بخلاف القدر فانه مبيع لا وصف ولا يعتبر بكيل البائع وهو المشتري الاول قبل البيع وان كان بحضرة المشتري الثاني لان الشرط صاع البائع والمشتري وهذا ليس كذلك ولا بكيله بعد البيع بخيبة المشتري لان الكيل من باب التسليم اذا المبيع بصبره معلوما ولا تسليم الاجمعي بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفي به اظهر الحديث فانه اعترض صاعين والصحيح أنه لا يكتفي به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم واتق

احتمال الزيادة ومحمل الحدوث اجتماع الصفقتين على ما سأل في باب السلم أن من أسلم في كره فلهما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وأمر رب المال بقبضه لم يكن قبضاً وان أمره أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فأكاله ثم أكاله لنفسه جازلانه اجتمعت الصفقتان بشرط التكيل فلا بد من التكيل مرتين وأعلم أن في كلام المصنف رحمه الله إجماع التناقض وذلك لانه وضع المسئلة أولاً فبما إذا كان العقدان بشرط التكيل واستدل على وجوب جريان الصاعين بالحديث ثم ذكر في آخر المسئلة أن الصحيح أن يكتفى بالتكيل الواحد وهو يقتضي أن يكون وضع المسئلة فيما يكون عقداً واحداً بشرط التكيل لما أن الاكتفاء بالتكيل الواحد في الصحيح من (١٤١) الرواية أغماها وفي العقد الواحد بشرط

التكيل وأما إذا وجد العقد بشرط التكيل فلا اكتفاء بالتكيل الواحد فهما ليس بصحيح من الرواية بل الجواب فيه على الصحيح من الرواية وجوب التكيلين ودفعه بأن يكون المراد بالباع في قوله ولو كاله البائع المشتري الاول والمشتري هو الثاني وبالبيع هو البيع الثاني ومعناه أن المشتري إذا باع مكايلاً وكاله بمحضرة مشتريه يكتفى بذلك ما ذكرنا من الدليل ويدل على ذلك قوله ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين فإنه يدل على أن في هذه الصورة اجتماع الصفقتين غير منطوق به فكانه يقول الحديث دليل على وجوب الصاعين فيما إذا اجتمعت الصفقتان كما في أول المسئلة وما سأل في باب السلم وأما فيما نحن فيه فلا هذا وإذا نظرنا إلى التعليق وهو قوله ولأنه يحتمل أن يزيد على الشروط وذلك للبائع يقتضي أن يكتفى بالتكيل الواحد في أول

بحضرة المشتري لانه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط ولا بكيله بعد البيع بغية المشتري لان التكيل من باب التسليم لان به يصير المبيع معلوماً ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قبل لا يكتفى به بظاهر الحديث فإنه اعتبر صاعين والصحيح أنه يكتفى به لان المبيع صار معلوماً بكيل واحد ونجته معنى التسليم ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما بين في باب السلم ان شاء الله تعالى ولو اشترى المعداد عداً فهو كالمنزوع فيما يروى عنه لانه ليس بمال الربا كالوزن فيما يروى عن أبي حنيفة رحمه الله لانه لا تحل له الزيادة على المشروط قال (والصرف في الثمن قبل القبض جائز)

(بحضرة المشتري) من شرائه هو (لانه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط) بالنص (ولا بكيله بعد البيع) الثاني (بغية المشتري) وبغية وكيله في القبض لان التسليم الى الغائب لا يتحقق وهذا التكيل المأمور به بتسليم المقدار الواجب (وان كاله) أو وزنه (بعد العقد بحضرة المشتري) مرة فيه اختلاف المشايخ قال عامتهم كفاؤه ذلك حتى يحل للمشتري التصرف فيه قبل كبله ووزنه إذا قبضه وعند البعض لا بد من التكيل أو الوزن مرتين احتجاً بظاهر الحديث والصحيح قول العامة لان الغرض من التكيل والوزن صيرورة المبيع معلوماً وقد حصل بذلك التكيل واتصل به القبض ومحمل ظاهر الحديث إذا وجد عقدان بشرط التكيل بان يشتري المسلم اليه من رجل كرا لاجل رب السلم وأمر رب السلم بقبضه قضاء عن سلمه فان في ذلك بشرط صاعان صاع للمسلم اليه وصاع لرب السلم فيكيله للمسلم اليه ثم يكيله لنفسه بخلاف كيله بغية لا تتفاء التسليم من الغائب فيثبت احتمال الاختلاط فلا يجوز ويصرح بنفسه في الجامع في بيع قفيز من صبرة إذا كاله البائع قفيزاً منها بغية بحضرة المشتري فهلك أن البيع قائم في قفيز سابق ولا يقع به الاقرار ومن هنا ينشأ فرع وهو مالو كيل الطعام بحضرة رجل ثم اشتراه في المجلس ثم باعه مكايلاً قبل أن يكاله بعد شرائه لا يجوز هذا البيع سواء أكاله للمشتري منه أولاً لانه لم يكتل بعد شرائه ولم يكن قابضاً فيه بيع مالم يقبض فلا يجوز (قوله) والتصرف في الثمن قبل القبض جائز) بالبيع والهبة والاجارة والوصية سواء كان مائة عين أو لا يتعين

مرة يكتفى به (قوله وهو الشرط) أي الشرط كسيل البائع وكيل المشتري وانما شرط ذلك لان البيع يتناول ما يحويه التكيل أو الوزن وهو مجعول فربما يزاد وينقص فكل بكل لنفسه أو لم يزن لا يمتاز المبيع عن غيره فكان المبيع مجعولاً فيفسد البيع ولان أصل القبض شرط جواز التصرف في المبيع فكان تمام القبض شرطاً أيضاً والتكيل والوزن فيما يبيع كلاً أو وزناً تمام القبض لان القدر معقود عليه فيسما يبيع كلاً أو وزناً حتى يلزم رد الزيادة ان زاد وينقص من الثمن حصة ما نقص والقبض غير معقود لتوهم الزيادة والنقصان بخلاف ما إذا باع مجازفة إذا البيع وقع على المشاورية لا على مقدار بعينه وتصور الزيادة في المجازفة بان يكون لرجل طعام فأكاله ثم باعه مجازفة فأكاله المشتري فزاد على التكيل الاول فالزيادة للمشتري (قوله) ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما بين في باب السلم) وهو ما إذا اشترى المسلم اليه من رجل كرا

المسئلة أيضاً كما ذكرنا ولو ثبت أن وجوب التكيلين عزيمتوا لاكتفاء بالتكيل الواحد بصفة أو قياس أو اخصان اكان ذلك مدفعاً جازياً على القوانين لكن لم يظهر بذلك ولو اشترى المعداد عداً فهو كالمنزوع فيما يروى عن أبي يوسف ومحمد وهو رواية عن أبي حنيفة لانه ليس بمال الربا ولا يجوز بيع واحد بالآخرين فكان كالمنزوع وحكمه قدر أنه لا يحتاج إلى إعادة النزاع إذا باع مذارعة و كالوزن فيما يروى عن أبي حنيفة وهو قول الكرخي لانه لا تحل الزيادة الا ترى أن من اشترى حوزاً على أنها ألف فوجدها أكثر لم تسلم له الزيادة ولو وجدها أقل يسترد حصة نقصان كالوزن فلا بد لجواز التصرف من العدد كالوزن في الموزون قال (والصرف في الثمن قبل القبض جائز) سواء كان مما لا يتعين كالنقود أو مما يتعين كالسكك والموزون حتى لو باع ابلاً بدينار أو بكر من الخنثى جازاً ياخذ بيله

شبا آخر قال ابن عمر رضي الله عنهما كئنا نبيع الابل في البقيع فنادى مكن الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم وكان يجوز رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان المطلق للتصرف وهو المالك فأنم والمائع وهو غير الانفساخ بالهلاك منتف لعدم تعيينها بالتعيين أى في العقود بخلاف المبيع قال (ويجوز للمشتري أن يزيد (١٤٣) البائع في الثمن) اذا اشترى عيناً بمائة ثم زاد باع عيناً بمائة ثم زاد

على المبيع شيئاً أو حط بعض الثمن جاز والاستحقاق يتعلق بكل ذلك فيملك البائع حبس المبيع حتى يستوفى الاصل والزيادة ولا يملك المشتري مطالبة المبيع من البائع حتى يدفعها اليه ويستحق المشتري مطالبة المبيع كله بتسليم ما بقي بعد الحط ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك بمعنى الاصل والزيادة فاذا استحق المبيع يرجع المشتري على البائع بها واذا جاز ذلك فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي لا يصحان على اعتبار الاتحاق بل على اعتبار الصلة أى الهبة ابتداء لا تتم الا بالتسليم لهما انه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لان هذا التصحيح يصير ملكه عوض ملكه لان المشتري ملك المبيع بالعقد المسمى غنا فالزيادة في الثمن تكون في مقابلة ملك نفسه وهو المبيع وذلك لا يجوز وفي الحط الثمن كله مقابل بكل المبيع فلا يمكن اخراجه عن ذلك فصاروا مبتدأ (قوله لعدم تعيينها بالتعيين اى في العقود) أقول فيكون الدليل أنخص من المدعى

قال المصنف (وكذا الحط لان كل الثمن صار مقابل بكل المبيع فلا يمكن اخراجه فصاروا مبتدأ) أقول قوله وكذا الحط أى لا يلحق باصل العقد (قوله فلا يمكن اخراجه) أى اخراج كل الثمن عن المقابلة بكل المبيع

أقسام المطلق وهو المالك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعيينها بالتعيين بخلاف المبيع قال (ويجوز للمشتري أن يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع أن يحط من الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي لا يصحان على اعتبار الاتحاق بل على اعتبار الصلة لهما أنه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمناً لأنه عوض ملكه عندنا سوى بدل الصرف والسلم لان المالك مطلق وكان القياس ذلك أيضاً في المبيع الا أنه منع بالنص افرغ الانفساخ وليس في الثمن ذلك لانه اذا هلك الثمن المعين لا ينفسخ المبيع وتلزمه قيمته وسائر الديون كالثمن لعدم الغرر بعدم الانفساخ بالهلاك كالمهر والاخره وضمان المتلفات وغيرها واستثناء السلم لان للمقبوض حكم عين المبيع والاستبدال بالمبيع قبل القبض لا يجوز وكذلك في الصرف وأيده السمع وهو ما في السنن الاربعة عن سمك عن سعيد بن جبير عن ابن عمر قال كنت أبيع الابل بالبقيع فابيع بالدنانير وأخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وأخذ لنا بر فابت النبي صلى الله عليه وسلم وهو يريد أن يدخول حجرته فأخذت بشوبه فسأله فقال اذا أخذت واحدا منها بالآخرة فلا يفارقك وبطل وبنيه يبيع فان هذا بيع الثمن الذي في الذمة قبل قبضه بالنقد المخالف له وقد صححه الحاكم والدارقطني وقول الترمذي لان عرفه مرفوعاً الامن حديث سمك لا يضره وان كان شعبة قال حدثني قتادة عن سعيد بن المسيب عن ابن عمر لم يرفعه وحديثي داود بن أبي هند عن سعيد بن جبير عن ابن عمر لم يرفعه وحديثي فلان أراه أبو ب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر لم يرفعه ورفع سمك وأنا أها به لان المختار في تعارض الرفع والوقف تقديم الرفع لانه زيادة والزيادة من الثقة مقبولة ولان الظاهر من حال ابن عمر وخدة اتباعه لانه لم يكن يقتضى أحد النقصين عن الآخر مستمر من غير أن يكون عرفه عنه صلى الله عليه وسلم وأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا يفارقه وبينهما بيع معناه دين من ذلك البيع لانه صرف ذبغ النسبته فيه وأما الميراث فالصرف فيه جائز قبل القبض لان الوارث يختلف الموروث في المالك وكان لا يجب ذلك التصرف فكذا المورث وكذا الموصى له لان الوصية أخذت الميراث (قوله ويجوز للمشتري أن يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع أن يزيد للمشتري في المبيع ويجوز أن يحط من الثمن) وسند كشرط كل منهما (ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك) من الميزيد عليه والزيادة حتى كان للبائع حبس المبيع الى أن يستوفى الزيادة اذا كان الثمن حالاً وليس للمشتري أن يمنع الزيادة ولا مطالبة البائع بتسليم المبيع قبل اعطائه ولو سلمها ثم استحق المبيع رجع به مع أصل الثمن وفي صورة الحط للمشتري مطالبة البائع بتسليم المبيع اذا سلم الباقي بعد الحط (وعند زفر والشافعي وجههما لله لا يصحان) أى الزيادة والحط (على اعتبار الاتحاق) باصل العقد (بل) الزيادة بر مبتدأ من البائع والمشتري والحط ابراً من بعض الثمن مقروءه برنوجه قولها ما أن المبيع دخل في ملك المشتري بالقدرة الاول فلو التحق بالعقد صار ملكه وهو ما زاده بدلا عن ملكه وهو المبيع وكذا الثمن دخل في ملك البائع فلو جازت الزيادة في المبيع كان الميزيد عوضاً عن ملكه أى الثمن قلنا انما يكون ما ذكرتم لو التحق بالعقد مع عدم تغييره لكننا قلنا انهما وأمر برب السلم بقبضه فانه لا يصلح الا بصاعين لاجتماع الصفتين بشرط الكيل أحدهما شراء المسلم اليه وتأنهما قبض رب السلم لنفسه وهو كالمبيع الجديد فيجتمع صفتان (قوله ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك) يعنى استحقاق البائع والمشتري في الثمن والمبيع والزائد والمزيد عليه حتى كان للبائع حبس المبيع الى أن يستوفى الاصل والزيادة واذا أوفى المشتري الثمن استحق المبيع مع الزيادة وليس للبائع أن يمنع من

فلا

قال المصنف (وكذا الحط لان كل الثمن صار مقابل بكل المبيع فلا يمكن اخراجه فصاروا مبتدأ) أقول قوله وكذا الحط أى لا يلحق باصل العقد (قوله فلا يمكن اخراجه) أى اخراج كل الثمن عن المقابلة بكل المبيع

ولنا ان البائع والمشتري بالخط والزيادة غير العقد ستراضيهما من وصف مشر وع الى وصف مشر وع لان البيع المشروع خاسر ورابع وعدل والزيادة في الثمن تجعل الخاسر عدلا والعدل رابعا والخط يجعل الزايح عدلا والعدل خاسرا وكذلك الزيادة في البيع ولهما ولاية التصرف ورفع أصل العقد بالافالة فأولى أن يكون لهما ولاية التغيير من وصف الى وصف لان التصرف في صفة الشيء أهون من التصرف في أصله وصار كما اذا كان لاحد العاقلين أو لهما خيار الشرط فاسقطا أو شرطاه بعد العقد فصح الحاق الزيادة بعد تمام العقد واذا صح يلتحق بأصل العقد لان الزيادة في الثمن كالوصف له ووصف الشيء يقوم بذلك الشيء لا بنفسه فالزيادة تقوم بالثمن لا بنفسها فان قيل لو كان خط البعض صحيحا لكان خط الكل كذلك اعتبارا بالكل البعض أجاب المصنف بالفرق بقوله بخلاف خط الكل لانه تبديل بأصله لا تغيير بصفة لانه عمل الخط في اخراج القدر المخطوط من أن يكون ثمنها الشرط فيه قيام الثمن وذلك في خط البعض لوجود ما يصلح ثمنا أو ما حط الجميع فتبديل للعقد لانه أمان أن يبقى بيبعا باطلا لعدم الثمن حينئذ وقد علمت ان حاله بقصد ذلك أو بصيرته وقد كان قصدهما القارة في المبيع دون الهبة فلا يلتحق بأصل العقد لوجود المانع ولا يلزم من عدم الالتحاق المانع عدمه لمانع فيلتحق خط البعض بأصل العقد (١٤٣) وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة

عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمراجعة حتى تجوز على الكل في الزيادة وعلى الباقي في الخط فان البائع اذا حط

بعض الثمن عن المشتري والمشتري قال لا تخوليتك هذا الشيء وقع عقد التولية على ما بقي من الثمن بعد الخط فكان الخط بعد العقد ملحقا بأصل العقد كان الثمن في ابتداء العقد هو ذلك المقدار وكذلك في الزيادة ويظهر حكمه أيضا في الشفعة حتى يأخذ الشفيع بما بقي في الخط

(قوله فصار) أي كل واحد من الزيادة والخط قال في الذخيرة وفي المحيط البرهاني في الفصل الحادي عشر من

فلا يلتحق بأصل العقد وكذلك الخط لان كل الثمن صار مقابلا لكل المبيع فلا يمكن اخلاله فصار اربابا من ولنا انهما حبا بالخط والزيادة غير العقد من وصف مشر وع الى وصف مشر وع وهو كونه رابعا أو خاسرا أو عدلا ولهما ولاية الزيادة فأولى أن يكون لهما ولاية التغيير وصار كما اذا أسقطا الخيار أو شرطاه بعد العقد ثم اذا صح يلتحق بأصل العقد لان وصف الشيء يقوم به لا بنفسه بخلاف خط الكل لانه تبديل لأصله لا تغيير بالزيادة والخط غير العقد عن وجهه الاول وهو كونه بذلك المقدار الى كونه بهذا المقدار ورأينا الشرع أن ثبت لهما ولاية تحويل العقد من صفة الى صفة من وجوده بعد تحققه في الوجود الى اعدامه بلا سبب سوى اختيارهما أما الاول فمؤول من عدم الزوم الى اللزوم بأسقاط الخيار وتكسبه بالخيار وكذا من كونه حالا الى مؤجل بالحق الاجل كما سئذ كرفي تأجيل الثمن الحال عندنا أو أما الثاني فبالافالة وهي تعيده الى قديم الملك فأولى أن يثبت لهما تغيير من وصف كونه رابعا الى خاسرا أو خاسرا الى رابع والى كونه عدلا وثبت صحة الخط شرعا في المهر بقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتن به من بعد الغرض فبين انهما اذا تراضيا بعد تقدرا المهر على خط بعضه أو زيادته جاز واذا ثبت تصحيح ذلك لزم الالتحاق بأصل العقد ضرورة اذ تغييره يوجب كونه مقدرا بهذا المقدار فبالضرورة يلتحق ذلك به اذ وصف الشيء يقوم به بخلاف ما لوحظ الكل لانه تبديل لأصله اذ يصير البديل الاخر هبة فيخرج عن كونه عدمه معاوضة الى عقد التبرع فلا يلتحق به واذا

تسليم الزيادة (قوله فلا يمكن اخلاله) يعني لما قبل كل الثمن به هذا المجموع فلو اخرج بقى بعض المبيع بلا عوض وذا لا يجوز ولا يمكن أن يجعل الباقي في مقابلة الكل لا انتهاء العقد الجديد (قوله أو شرطاه بعد العقد) بان عقدا عقدا ثم شرط الخيار بعده فقد تغيرا للعقد من صفة اللزوم الى غيره فان قبل الالتحاق بطريق الاستناد وما هذا شأنه ثبت ثم يستند وقد تعدر ههنا الثبوت لانه يصير ملكه عوض ملكه قلنا ينسخ العقد في حق تصحيح الزيادة (قوله بخلاف خط الكل) لانه تبديل لأصله أي لأصل العقد لانه يصير هبة لا لوصفه فلا يلتحق به ولانه لو التحق بأصل العقد يفسد العقد لانه يبيع بالثمن فكان تغييرا للعقد من وصف

تجلب البيع اذا وهب بعض الثمن قبل القبض أو أبرأ من بعض الثمن قبل القبض فهو خط أيضا وان كان البائع قد قبض الثمن ثم حط البعض أو وهب البعض بان قال وهبت منك بعض الثمن أو قال حطت منك بعض الثمن صح ووجب على البائع رد مثل ذلك على المشتري ولو قال أبرأتك عن الثمن بعد القبض لا يصح الابراء انتهى ووجه الفرق مذكور في السكاكين المذكورين فراجعهما فانه مهم في الغاية (قوله واذا صح يلتحق بأصل العقد لان الزيادة في الثمن كالوصف له) أقول الزيادة في المكيالات والموزان والمعدونات ليست بوصف فكيف يصح الالتحاق فیهما اذا كانت مبيعة (قوله ووصف الشيء يقوم بذلك الشيء) أقول وعندى أن المراد بالوصف هو كون العقد خاسرا أو رابعا وعدلا على ما يدل عليه سياق الكلام ولو صح ما ذكره لبقى التحاق الخط بلا دليل ولا يخفى ما فيه (قوله فان قيل لو كان خط البعض صحيحا لكان خط الكل كذلك الخ) أقول يعنى بطريق الالتحاق والخط الكل صحيح بطريق البرا والصله بالاتفاق (قوله فالشرط فيه قيام الثمن) أقول والالام يكن بيبعا (قوله لانه أمان أن يبقى بيبعا باطلا) أقول كما سبق في احكام البيع الفاسد (قوله فيلتحق خط البعض) أقول لا يكفي لثبوت الالتحاق عدم المانع منه بل لا بد من مقتضى أيضا ولم يبين فلا يسهل التفرع

(قوله وانما كان للشفيع) جواب سؤال (١٤٤) مقدار تقدير لو كانت الزيادة ملحقة باصل العقد لاخذ الشفيع بالزيادة كلكو كانت

لوصفه فلا يلحق به وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الخط وفي الشفعة حتى ياخذ بما في في الخط وانما كان للشفيع ان ياخذ بذون الزيادة لما في الزيادة من ابطال حقه الثابت فلا يلزم كماله ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حاله يصح الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند بخلاف الخط

ثبت الالتحاق انتفى قولهم الزيادة عوض عن ملكه الى آخر ما ذكرنا (ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة فتجوز) المرابحة (على السك) من الاصل والزائد ويجب ان يرجع على المبيع الاول وما زاده البائع مبيعا لا الاول فقط وكذا التولية (ويباشر) العقد في المرابحة والتولية (على الباقي) بعد الخط (و) كذا (في الشفعة حتى ياخذها) الشفيع (بالباقي) فقط فان قيل لو التحق الزم ان ياخذها الشفيع في صورة الزيادة بالجموع من الاصل والزائد وهو متغيب لا ياخذ الا بذون الزيادة أو يقال فلم يفرق بين الخط والزيادة بالنسبة الى الشفيع أجاب بقوله (وانما كان للشفيع ان ياخذها) في صورة الزيادة (بذون الزيادة لما في الزيادة من ابطال حقه الثابت) قبلها فان مجرد العقد الاول يتعلق حقه باخذها بما وقع عليه السراخي الاول وعقده والزيادة بعد ذلك في الثمن تصرف حادث منها يبطل حقه فلا ينفذ تصرفه ما ذك ذلك عليه ثم شرع يذكر شرط الزيادة والخط فقال (ثم الزيادة) الى آخره يعني ان شرطها قيام المبيع في ظاهر الرواية فسلو هالك حقيقة بان مات العبد أو الدابة أو حكا بان أعنته أو دبره أو كاتبه أو استولدها أو باع أو وهب وسلم أو أجز أو رهن ثم باعه من المستأجر والمزمن أو طبخ اللحم أو طحن الحنطة أو نسج الغزل أو تخمر العصور أو أسلم مشري الخردميا لا تصح الزيادة لغوات محل العقد العقد لم يرد على المطعون والمنسوج ولهذا يصير الغاصب أحق بها اذا فعل في المعصوب ذلك وكذا الزيادة في المهر شرطها بقاء الزوجة فلوراد بعد من والاصح بخلاف ما لو ذبح الشاة المبيعة ثم زاد حيث ثبتت الزيادة وكذا اذا أجز أو رهن أو خاط الثوب أو اتخذ الحديد سيفا أو قطع يد المبيع فآخذ المشتري ارش حيث ثبتت الزيادة في كل هذه وانما لم تثبت فيما ذكرنا من صور الهلاك (لانه لم يبق على حال يصح الاعتياض عنه) والالتحاق وان كان يقع مستندا فالمستند لا بد ان يثبت أو لاني الحال ثم يستند ونموته متعذرا لانقضاء المحل فتعذر استناده فلا يثبت كالمبيع الموقوف لا ينبرم بالاجازة اذا كان المبيع هالك وقتها (وقوله على ظاهر الرواية) احتراز عما روي الحسن في غير رواية الاصول عن أبي حنيفة ان الزيادة تصح بعد هلاك المبيع كما يصح الخط بعد هلاكه وفي المبسوط وكذا اذا كانت الزيادة من الاجنبي وضمنها لانه التزمها عوضا وهذا الالتزام صحيح منه وان لم يملك شيئا بمقابلته كلكو خالف امرأته مع اجنبي أو صالح مع الاجنبي من الدين على مال وضمنه صحيح وان لم يملك الاجنبي شيئا بمقابلته وهذا في زيادة الثمن فاما الزيادة في المبيع ففي جميع التقاريق يجوز الزيادة في المبيع بعد هلاك المبيع وهكذا كمر في المنتقى وتسكون لها حصص من الثمن حتى لو هلك قبل القبض سقطت حصتها من الثمن (بخلاف الخط)

مشرع الى وصف غير مشرع (قوله وعلى اعتبار الالتحاق) جواب عن قول زفر والشافعي رحمهما الله (قوله ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع) يعني الزيادة في الثمن وفي الباقي وأما الزيادة في المبيع فجائزة بعد الهلاك لانها تثبت بمقابلة الثمن وهو قائم بخلاف الزيادة في الثمن لانها تثبت بمقابلة المبيع وهو ليس بقائم وفي الايضاح قال محمد رحمه الله ولو اشترى جارية وقبضها فماتت في يده فزاد البائع لامشترى جارية أخرى فالزيادة جائزة لان هذه الزيادة تثبت بمقابلة الثمن والثمن قائم ولو زاد المشتري للمبايع لم يجز لان الزيادة من جانبه تثبت بمقابلة المبيع والمبيع هالك ومن أصل محمد رحمه الله أن هلاك المبيع يمنع الزيادة في الثمن ولو أعنى أو كاتب أو دبر أو استولد أو مات أو قتل أو وهب أو باع أو طحن أو نسج أو تخمر أو أسلم مشري الخرد لا

في ابتداء العقد وتقرر الجواب انما كان للشفيع ان ياخذ بذون الزيادة لان حقه يتعلق بالعقد الاول وفي الزيادة ابطاله وليس لهما ولاية على ابطال حق الغير بتراضيهما وهذا كماله اذا كان المبيع قائما أو ما بعد هلاكه فلا تصح الزيادة في الثمن على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حاله يصح الاعتياض عنه اذا الاعتياض انما يكون في موجود والشيء يثبت ثم يستند ولم يثبت الزيادة لعدم ما يقابله فلا تستند بخلاف الخط لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله لكونه اسقاطا ولا سقطا لا يستلزم ثبوت ما يقابله فيثبت الخط في الحال ويلحق باصل العقد استنادا وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة انه تصح زيادة الثمن بعد هلاك المبيع ووجهه ان يجعل العقود عليه قائما تقديره وتجعل الزيادة تغييرا كالجعل قائما اذا اطلع المشتري على عيب كان قبل الهلاك حيث رجع بمقتضى العيب وهذا لان قيام العقد بالعاقدين لا بالمحل واشترط المحل لاثبات الملك أو ابقائه بطريق العقد فلم يكن لبقاء العقد في حقه فائدة فاما فيسما ورا ذلك ففيه فائدة فتبقى الزيادة في المبيع جائزة لانها تثبت بمقابلة الثمن وهو قائم ويكون لها حصص من الثمن حتى لو هلك

لانه

(قوله والزيادة في المبيع جائزة) أقول بعد الهلاك

قبل القبض سقط بمحضه ناسي من الثمن قال (ومن باع بشمن حال ثم أجله باجل معلوم) اذا باع (١٤٥) شيئا بشمن حال ثم أجله لا يحل من ثمنه
 يكون الاجل معناه ما وتجهه لا فان كان الاول صحيحا وصار
 مؤجلا وقال زفر لا يلحق الاجل بالعقد وبه قال الشافعي
 لانه دين فلا يتاجل به كالقرض وانما الثمن حقه فجاز أن يتصرف فيه بالتأجيل رفقا بمن عليه
 ولان التأجيل اثبات براءة مؤقتة الى حلول الاجل وهو
 ملك البراءة المطابقة بالبراءة عن الثمن فلان ملك البراءة المؤقتة أولى وان كان الثاني فلا يحل اتماما تكون الجهة فاحشة أو بسيرة فان كان
 الاول كما اذا أجله الى هبوب الريح ونزول المطر لا يجوز وان كان الثاني كالخصاد
 والدياس جاز كالكفالة لان الاجل لم يشترط في عقد المعاوضة فصح مع الجهة اليسيرة بخلاف البيع (وقد
 ذكرنا من قبل) يعني في آخر البيع الفاسد قال (وكل دين حال اذا أجله
 صاحبه صار مؤجلا) لانه حقه لكن القرض لا يلزم تأجيله لا يصح ولو شرط
 الاجل في ابتداء القرض صح القرض وبطل الاجل وعند مالك يصح أيضا لان القرض صار في ذمته كسائر
 الديون ولو مات المقرض فاجل ورثته صرح فاضحان بانه لا يصح كولو أجل القرض وقول صاحب المبسوط
 ينبغي أن يصح على قول البعض لا يعارضه ولا يقيد ما يعتمد عليه ولا فرق بين أن يؤجل بعد استهلاك القرض
 أو قبله وهو الصحيح وليس من تأجيل القرض تأجيل بدل الدين والدينان المستهلكان اذ باستهلاكها لا نصير
 قرضا والحيلة في لزوم تأجيل القرض ان يحيل المستقرض المقرض على آخر دينه فيؤجل المقرض ذلك
 الرجل المحال عليه فيلزم حينئذ وجه المسئلة ان القرض تبرع (لانه صفة في الابتداء واعارة حتى يصح) القرض
 (بلفظ أقرتلك) هذه الالف بدل أقرضتك ونحوه (و) لهذا (لا يمكن من ذلك الصلوات والتبرعات كالوصى
 والصى) والعبد والمكاتب (ومعاوضة في الانتهاء) لانه أعطاه ليأخذ بدله بعد ذلك ولهذا يلزم ومثله بعد ذلك
 وأخذ مثله (فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل كما) لا يلزم تأجيل (الاعارة) فانه لو أعاره المتاع الى شهر كان
 تصح الزيادة لغوات محل العقد فالعقد لم يرد على المطعون والمنسوج ولهذا يصير الغاصب أحق بهما (قوله
 لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله) فان الهالك لا قيمة له فخراج البدل عما يقابله ملائم له ولا كذلك
 الزيادة في الثمن بعد هلاك المبيع (قوله وقد ذكرناه) أي وقد ذكرنا أن الجهة اليسيرة مخملة
 في الكفالة وفي تأجيل الدين كما في الخصاد والدياس بخلاف الجهة في البيع الى أجل مجهول حيث لا يصح
 وان كانت الجهة يسيرة (قوله من قبل) أي في آخر باب البيع الفاسد (قوله صار مؤجلا) لما ذكرنا
 وهو قوله لان الثمن حقه (قوله الا القرض فان تأجيله لا يصح) أي لا يلزم أي لمن أجل ابطاله كما في
 العواري واعلم أن القرض مال يقطع من أمواله فيعطيه ومائت عليه ديناً فليس بقرض والدين يشتمل ما
 وجب في ذمته ديناً بقدر أو استهلاكه وما صار ديناً في ذمته باستقرضه فهو أعم من القرض وقال مالك رحمه
 (١٤٦) - (فتح القدر والكفالة) - (سادس) (فعلى اعتبار الابتداء لا يصح) أي لا يلزم التأجيل فيه كفي الاعارة

اذلجبر في التبرعات وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير يتبع المراهم بالدراهم نسبة وهو ربا) وهذا يقتضي فساد العرض لكن ندب الشرع اليه واجمع الامّة على جواز فاعده على الابتداه وقتلنا بجوارحه باللازم ونوقض (بما اذا أوصى بان يقرض من ماله ألف درهم فلانا الى سنة) فانه قرض مؤجل وأجله لازم (حيث يلزم من ثلثه ان يقرضه ولا يطالبوه) الى سنة وأجيب بان ذلك من باب الوصية بالتبرع كالوصية بالخدمة والسكنى في كونها وصية بالتبرع بالمنافع ويلزم في الوصية ما لا يلزم في غيرها ألا ترى انه لو أوصى بشجرة بسنة لفلان صح ولزم وان كانت معدومة وقت الوصية فكذلك يلزم التأجيل في القرض حتى لا يجوز للورثة مطالبة الموصى له بالاسترداد قبل السنة حقاً للموصى والله أعلم * (باب الربا) *
لما فرغ من ذكر أبواب البيوع التي أمر الشارع بمباشرتها بقوله تعالى وانتم امن فضحل الله شرع في بيان أنواع بيوع نهى الشارع عن مباشرتها بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تاكلوا الربا أضعافاً مضاعفة فان النهى يعقب الامر وهذا لان المقصود من كتاب

البيوع بيان الحلال الذي هو بيع شرعاً والحرام الذي هو الربا ولهذا الما قبل لمحمد ألا تنصف شيئاً في الزهد قال قد صنعت كتاب البيوع ومراده ينفذ به ما يحل ويحرم وليس الزهد الا الاجتناب من الحرام والرغبة في الحلال والربا في اللغة هو الزيادة من ربا المدل أي زاد وينسب فيقال ربوي بكسر الراء ومنه الاشياء الربوية وفتح الراء خطأ ذكره في المغرب وفي الاصطلاح هو الفضل الخالي عن العوض المشروط في البيع قال (الربا) يحرم في كل مكيل أموزون) أي حكم الربا وهو حرمه الفضل والنسبة جازي كل ما يكال أو يوزن اذ بيع بمكيل أو موزون من جنسه (قوله حيث يلزم من ثلثه أن يقرضوه) أقول العبارة الصحيحة أن يقرضوه من ثلثه لئلا يلزم تقديم معمول ما في حين أن عليه وتصح

اذلجبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير يتبع الدراهم بالدراهم نسبة وهو ربا وهذا بخلاف ما اذا أوصى ان يقرض من ماله ألف درهم فلانا الى سنة حيث يلزم الو رثة من ثلثه ان يقرضه ولا يطالبوه قبل المدة لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقاً للموصى والله تعالى أعلم * (باب الربا) *
قال (الربا يحرم في مكيل أو موزون اذ بيع بحسنه من مفاضل)

انه يسترده في الحال اذ لا تأجيل في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح (أيضاً لانه يصير) بهذه المعاوضة (بيوع دراهم بمثلها نسبة وهو ربا) ولانه يلزم ان التبرع كان ملزماً على المتبرع شيئاً كالكف عن المطالبة فيما نحن فيه وهو يناق موضوع التبرعات قال تعالى ما على المحسنين من سبيل نفى السبيل عنهم على وجه نصوصية الاستفراق فلولزم تحقيق سبيل عليه ثم للعلل المردود حكم العين كانه رد العين ولولا هذا الاعتبار كان تحليل دراهم بدراهم بلا قبض في المجلس فليزم اعتبارها شرعاً كالعين واذا جعلت كالعين فالتأجيل في الاعيان لا يصح (بخلاف ما اذا أوصى أن يقرض من ماله ألف لفلان الى سنة حيث يلزم) ذلك (من ثلثه لانه وصية بالتبرع) فيلزم كما يلزم الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنة مع أنه لو أعاره عبده أو داره سنة كان له أن يسترده في الحال وهذا لان باب الوصية أوسع من سائر التصرفات ألا ترى انه لو أوصى بشجرة بسنة جاز وان كانت الثمرة معدومة في الحال رعاية لحق الموصى ونظره فضلا من الله ورحمة والرجعة عليه أجازها الشرع وكان القياس أن لا تصح لانها تحليل مضاف الى حاله والمالكية والله تعالى أعلم

* (باب الربا) *
هو من البيوع المنهية قطعاً بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تاكلوا الربا بسبب زيادة فيه فمما سببه بالمرابحة ان في كل منها زيادة الا أن تلك حلال وهذه منهيّة والحل هو الاصل في الاشياء فقدم ما يتعلق بتلك الزيادة على ما يتعلق بهذه والربا بكسر الراء المهملة وفتحها خطأ (قوله الربا في كل مكيل أو موزون يبيع بحسنه) وفي عدة من النسخ بالبحرم في كل مكيل الى آخره وفي كثير منها زيادة متفاضل الربا يقال لنفس الزائد ومنه ظاهر

الله التأجيل في القرض لازم لانه صار ديناً في فمعة بالقبض فيصح التأجيل فيه كسائر الديون * (باب الربا) *

الربا يحرم في كل مكيل أي حكم الربا وهو الحرمة والربا في اللغة عبارة عن الفضل يقال هذا ربا على هذا أي بفضل قال الله تعالى وما آتيتهم من ربا لربوي في أموال الناس فلا يربو عند الله وسعى المكان المرتفع وروية

ما في الكتاب يجعل المذكور تفسيراً للمعقول قبل أن والله أعلم * (باب الربا) * (قوله لما فرغ من ذكر أبواب البيوع التي أمر الشارع بمباشرتها) أقول لا يقال البيوع الفاسد من جهة تلك الابواب وليس ما أمر الشارع بمباشرته لان كون أكثر الابواب مأموراً بالمباشرة يكفي لغرضه (قوله عن العوض المشروط) أقول صفة العوض تدل على تعريف السفن في المكاتب بقوله الربا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه تدبر وبذلك عرف المصنف في هذه الصحيفة قال المصنف (الربا يحرم في كل مكيل) أقول في أكثر النسخ الربا في كل مكيل أو موزون يبيع بحسنه ومعناه حكم الربا وهو ثبوت الحرمة ثابت أو داخل أو جاراً ومستقر في كل مكيل

(فالعلة) أي لو جوب المماثلة هو (الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس) قال المصنف (و يقال القدر مع الجنس وهو أشمل) لانه يتناولهما وليس كل واحد منهما بائناً لآخر (والاصل فيه الحديث المشهور) الذي تلقته العلماء بالقبول (وهو قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل يدايدو الفضل و بأعد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والمخ والذهب والفضة على هذا المثال) ومداره على عشرين الخطاب وعبادة بن الصامت وأبي سعيد الخدري ومعاوية بن أبي سفيان رضي الله عنهم وروى (١٤٧) بروايتين بالرفع مثل بمثل وبالنصب

مثلاً بمثل ومعنى الاول بيع الحنطة حذفت المضاف وأقيم المضاف اليه مقامه وأعرب بأعرابه ومثل خبره ومعنى الثاني بيع التمر مثلاً بمثل والمراد بالمماثلة المماثلة من حيث الكيل بدليل ما روى كذا بكيل وكذلك في الموزون وزناً بموزن فيكون المراد به ما يدخل تحت الكيل والوزن لا ما ينطلق عليه اسم الحنطة فان بيع حبة من حنطة بحبة منها لا يجوز لعدم التقوم مع صدق الاسم عليه يخرج منه المماثلة من حيث الجودة والرداءة بدليل حديث عبادة بن الصامت جدها ورديتها سواء وكلام رسول الله صلى الله عليه وسلم يفسر بعضه بعضاً فان قيل تقدري بيعاً واجب البيع وهو مباح أوجب بان الوجوب مصروف الى الصفة كقولك مت وأنت شهيد وليس المراد الامر بالموت ولكن بالكون على صفة الشهادة اذا مات وكذلك المراد الامر بكون البيع على صفة المماثلة (قوله يدايد) المراد به عندنا

فالعلة عندنا الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس قال رضي الله عنه و يقال القدر مع الجنس وهو أشمل والاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل يدايدو الفضل و بأعد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والمخ والذهب والفضة على هذا المثال و يروى بروايتين بالرفع مثل قوله تعالى لا تأكلوا الربا أي الزائد في القرض والسلف على المدفوع والزائد في بيع الاموال الربوية عند بيع بعضها بجنسها وسند كرتغصيلها و يقال لنفس الزيادة أعني بالمعنى المصدري ومنه وأحل الله البيع وحرم الربا أي حرم أن يزاد في القرض والسلف على القدر المدفوع وأن يزاد في بيع تلك الاموال بجنسها قدراً ليس مثله في الآخر لانه حينئذ فعل والجنس يتعلق به ولا شأن ان في قوله الربا في كل مكيل الاول بغير لفظ محرم لا يراد كل منها لانه كذب على اسقاط لفظ متفاضلاً ولا فائدة فيه بتقدير ان ثباته فكان المراد حكم الربا وهو الحرمة ما على استعمال الربا في حرمته فيكون انما هو بالاجاز أو على حذفه واداته فيكون من مجاز الحذف والربا مراد به الزيادة مبتدأ والمجرور خبره أي حرمة الزيادة ثابتة في كل مكيل ثم قوله (فالعلة الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس) من باب الغامض اعرف أن الحكم المرتب على مشتق يوجب كون مبدأ الاشتقاق علته ولما ترتب الحكم على المكيل والموزون مع الجنس نفى عن العلة الكيل مع الجنس (و) قد (يقال) بدل الكيل والوزن (القدر وهو أشمل) وأخصر لكنه يشمل ما ليس بصريح اذ يشمل العدو والزرع وليس آمن أموال الربا أي علة تحريم الزيادة كونه مكيلاً مع اتحاد البدلين في الجنس فهي علة مركبة والاصل فيه الحديث المشهور (أخرج الستة الا بخاري عن عبادة بن الصامت قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والمخ بالمخ مثلاً بمثل سواء بسواء يدايدو فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدايدو وأخرج مسلم من حديث أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مثله سواء زاد بعد قوله يدايدو فن زاد أو استرادف قد أربى وأخرج مسلم أيضاً من حديث أبي سعيد مثله و زاد بعد قوله فقد أربى الا ما اختلفت أولاه ولبس فيه ذكر الذهب والفضة والتقدير في هذه الروايات بيعاً مثلاً بمثل وأما رواية مثل بالرفع ففي رواية محمد بن الحسن حدثنا أبو حنيفة عن عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال الذهب بالذهب مثلاً بمثل يدايدو والفضل ربا والفضة بالفضة مثلاً بمثل يدايدو والفضل ربا وهكذا قال الى آخر الستة وكذا ما روى محمد في كتاب الصرف باسناده الى عبادة بن الصامت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الذهب بالذهب مثلاً بمثل يدايدو هكذا الى آخر الاشياء الستة وذكر التمر بعد المخ آخر وفي رواية أبي داود عن عبادة بن الصامت الذهب بالذهب تبره وعينه والفضة بالفضة تبرها وعينها الى أن قال ولا بأس ببيع الذهب بالفضة والفضة أكثرهما يدايدو

عنه بعين وعند الشافعي قبض بقبض (قوله والفضل ربا) الفضل من حيث الكيل حرام عندنا وعند غيره فضل ذات أحدهما على الآخر حرام قال المصنف (وهو أشمل) أقول وقال ابن الهمام لكنه يشمل المذروع واعدوايس من أموال الربا انتهى ويمكن ان يقال الالف واللام في القدر للعهد والمراد الكيل والوزن (قوله ومعنى الثاني بيع التمر) أقول كان الظاهر بيع الحنطة (قوله وكذلك في الموزون الخ) أقول أي كذلك المراد بالمماثلة في الموزون المماثلة من حيث الوزن بدليل وزناً بموزن حذف قوله بدليل دلالة سياق الكلام على تقديره

(والحكم معاول باجماع
القائسين) احتراز عن
قول داود من المتأخرين
وعثمان البتي من المتقدمين
ان الحكم مقصور على
الاشياء الستة والنصر غير
معلول (لكن العلة عندنا
ما ذكرنا) من القدر
والجنس (وعند الشافعي
العلم في الطاعومات والنجمة
في الأيمان والجنسية شرط)
لعمل العلة عملها حتى لا يعمل
العلة المذكور عنده الا عند
وجود الجنسية وجنبذ
لا يكون لها أثر في تحريم
النساء فلأؤسلم هر و يافى
هر وى جازعده وعندنا لم
يجز لوجود أحد وصفي العلة
وسائى (والمساواة مخلص)
(قوله وجنبذ لا يكون لها
أثر في تحريم النساء) أقول
ضمير لها راجع الى قوله
والجنسية شرط الخ

لانه يتناول الكبير والو زن والاصل فيه أى فى كون القدر مع الجنس علة الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الخطئة بالخطئة مثل يثمل يثبىد والغضل بأعداد الاشياء الستة وهذا حديث مشهور تألفه العلماء بالقبول والعمل به ومدار هذا الحديث على أربعة نفر من الصحابة عمر بن الخطاب وعبيدة بن الصامت وأبي سعيد الخدري ومعاوية بن أبي سفيان رضى الله عنهم مع اختلاف ألقابهم وأنه معلول بإجماع القائلين خلافا لصحاب الطواهر لانهم لا يرون القياس صحة فقهرا وحكما الرباعى الاشياء الستة (قوله والجنسية شرط) أى شرط لتعمل العلة علمها حتى لا تعمل علته وهى الطبع فى الطاهر ومات والتمنية فى الاثمان عنده الا عند وجود الجنسية ولا أثر للجنسية بانقرادهاء عنده حتى لو أسلم ثوبه وروى فى ثوبه روى جاز عنده لان العلة لا تعمل الا عند وجود شرطها الا أن الشرط يعمل ضمان العمل عند عدم العلة (قوله لانه نص على الشرطين) أى الشارع نص على الشرطين التقابض والتماثل لانه قال يدايد مثل يثمل أى قابضا يدايد ومماثل بما مثل آخر وهما نصب على الحال والعامل فيه الفعل المضمر وهو يعو او رواية الرفع فى هذا معنى أيضا والعدول الى الرفع للدلالة على الثبوت والاحوال شروط كفى قوله ان دخلت الدار واكسمة فانت طالق

يقتلص بها عن الحرمة لانه
أى الشارع نص على
شرطين التقابض والمماثلة
لانه قال بدأيسد مثلاً
منصوبان على الحال
والاحوال شرط هذا في
رواية النصب وفي رواية
الرفع يقال معناه على
النصب الا انه عدل الى
الرفع للدلالة على الثبوت
(وكل ذلك) أى كل من
الشرطين (يشعر بالعزة
والخطر كالشهادة في
النكاح) فاذا كان عزاً
خطيراً (يعمل بعلة تناسب
اطهار الخطر والعزة وهو
الطعم) في المطعومات لبقاء
الانسان به والتمنية في
الائمان لبقاء الاموال التي
هي مناط المصالح بها ولا أثر
للجنسية في ذلك) أى في
اطهار الخطر والعزة
(بجعلناه شرطاً) والحاصل
ان العلة انما تعرف بالتأثير
والطعم والتمنية أثرهما
ذكرناه وليس للجنسية أثر
لكن العلة لا تكمل الا
عند وجود الجنس فكان
شرطاً لان الحكم يدور مع
الشرط وجوداً عنده لا
وجوباً به (ولنا ان الحديث
أوجب المماثلة شرطاً في
البيع) بقوله مثلاً
لما مرناه حال بمعنى مماثلاً
والاحوال شروط (و)
وجوب المماثلة (هو
المقصود بسوق الحديث)
لاحكام معان ثلاثة

دكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح فيعمل بعلة تناسب اطهار الخطر والعزة وهو
الطعم لبقاء الانسان به والتمنية لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا أثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطاً
والحكم قديور مع الشرط ولنا أنه أوجب المماثلة شرطاً في البيع وهو المقصود بسوقه

لم يجعل الجنس بانفراد يحرم نساءه على الجديد يحرم الربا في الما وجه قوله صلى الله عليه وسلم اطعام بالطعام
مثلاً مثل ر واء مسلم والطعام مشتق من الطعم فكان مبدأ الاشتقاق علة وروى لا يتبعوا الطعام الى آخره فاذا
أن الحرمة أصل والمساواة تخلص منها الذلواقتصر على قوله لا يتبعوا الم يجوز بيع أحد ههما بالآخر مطلقاً
لم تثبت المساواة كانت الحرمة ثابتة لانها هي الأصل فامتنع بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين
والتمر بالتمرتين والجوزة بالجوزتين والبيضة بالبيضتين والتعليل بالقدر يقتضي تخصيص هذا النص
اذ يجوز الحفنة بالحفنتين وهذا الطريق يقيداً ثم علة منصوبة ولو أخذنا في استنباط علة اذنا الى هذه
العلة أيضاً وجهه أنه نص على شرطى التقابض والتمثال وهذا الاشتراط (يشعر بالعزة والخطر كاشتراط
الشهادة في النكاح) فوجب تعليله بعلة توجب العزة والخطر وفي الطعم ذلك لانه لم يبق بقاء النفوس به
والتمنية التي بها يتوصل الى تحصيل العروض التي بها حصول المقاصد الأصلية من بقاء النفس وغيرها من
حصول الشهوات (ولا أثر للجنسية) والقدر (في ذلك) أى في اطهار العزة والخطر (بجعلناه شرطاً والحكم
قديور مع الشرط) كالجم مع الاحصان (ولنا أنه) أى النص المشهور (أو جسا التمثال شرطاً للبيع)
وايجاب المماثلة (هو المقصود بسوق الحديث) اذ لا بد فيه من اضمار لفظ بيعوا حيث انتصب مثلاً أى بيعوا
هذه الاشياء مثلاً بمثل وهذا تبين أن الاباحة في بيع ادموال الربو به بعضها ببعض هي الأصل وقوله لا

(قوله وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر) أى جواز بيع هذه الاموال بشرطى التقابض والتمثال يشعر
بان موجبهما وصف في المحل ينفي عن زيادة العزة والخطر حتى يجب لاجلها زيادة الشرط لانه متى يقيد
طريق اصابته بشرط زائد بغير خطره في عين المملكين كالعقد الوارد على الابضاع لما خص بشهود وروى
دون سائر المعاملات دل على أن المستحق به ماله خطر وهو البضع فيعمل بعلة تناسب اطهار العزة والخطر وهو
الطعم والتمنية (قوله والتمنية لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح) اذ الاموال انما تبقى أموالا دامت
لها أئمان لان ما لا يبدل الثمن بمقابلته لا يكون مالا مثل كفف من تراب ونحوه فالاموال سبب بقاء النفس
بوصف أنما كولة أو وسيلة اليه (قوله ولا أثر للجنسية والقدر في زيادة العزة والخطر) لثبوتها في خطير
ومهان ولكن الحكم لا يثبت الا عند الجنسية فجعلناها شرطاً لالعلة (قوله والحكم قديور مع الشرط) جواب
شبهة ترد على قول الشافعي رحمه الله وهي أن حكم الربا كيدور مع الطعم والتمنية على أصلك فكذلك يدور
مع الجنسية فلم جعلت الطعم والتمنية علة دون الجنسية فاجاب بأنه لا أثر للجنسية في زيادة الخطر والحكم قد
يدور مع الشرط كيدور مع العلة كالجم مع الاحصان والفرق بينهما بالتأثير وعدمه ألا ترى أنه عليه
الصلاة والسلام عند بيان حكم الربا ذكر الأئمان وأنفس كل مطعوم لما تعذر بيان كل مطعوم فالبرأفضل
طعام بنى آدم والشعر أنفس علف الغوالب والتمر أنفس الفواكه والمخ أنفس التوابل يشعر بان العلة
هي الطعم ولو كان القدر علة لكان ذكر هذه الاشياء تكراراً محضاً اذ صفة القدر لا يختلف في هذه الاربعة
ولهذا قال مالك رحمه الله ان العلة الاقنات والادخال لانه خص بالذ كر كل مقتات ومدخر (قوله ولنا أنه
أوجب المماثلة) أى الشارع أوجب المماثلة شرطاً في البيع وهو المقصود بسوق الحديث لان معناه بيعوا
هذه الاشياء مثلاً بمثل والباء لا لاصاق فدل على اضمار فعل وذا بيعوا القولة عليه الصلاة والسلام بعسده فاذا
ختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم فذكره عند الاختلاف دليل على أنه المضمهر عند الاتفاق وقوله
عليه السلام لا يتبعوا الطعام بالطعام الا سواء بسواء اذ النهي عن الشيء أمر بصده وقوله مثلاً بمثل حال لما سبق
والاحوال شروط كان دخلت الدار راكبة والامر لا لايجاب والبيع مباح فصرف الامر الى الحال التي هي

(لتعقيق معنى البيع فانه ينشئ عن التقابل) وهو ظاهر لكونه مبادلة والتقابل يحصل بالتمائل لانه لو كان أحدهما ناقص من الآخر لم يحصل التقابل من كل وجه (أوصافه لاموال الناس عن التوى) لان أحد البدلين اذا كان ناقص من الآخر كان التبادل مضى الفضل مافيه الفضل (أو تميم الفائدة باتصال التسليم به) أى بالتمائل يعنى ان فى التقدير لكونه سمالا يتعينان بالتعيين شرطت المائلة قبضا بعد مائلة كل منهما لا تحل تميم فائدة العقد وهو (١٥٠) ثبوت الملك وفيه نظر لانه خارج عن المقصود والمقصود بيان وجوب المائلة بين العوضين

تحقق المعنى البيع اذ هو ينشئ عن التقابل وذلك بالتمائل أو صيانة لاموال الناس عن التوى أو تميم الفائدة باتصال التسليم به ثم يلزم عند فوته حرمة الربا

تبيعوا الطعام الحديث انما يصرف النهى الى ما بعد الان نحو ما جاء في يد الاراكيب واصله الامر بالتسوية عند بيعها ولا شك ان فى ايجاب المائلة تحقق المعنى البيع المنبئ عن التقابل اذ كان عقد معاوضة فاستدعى شيئين كما أن المائلة تستدعى شيئين وكذا تحقق معناه بالتمائل فان كلامهما ساولا تحرف كونه مستدعى العقد فسوى بينهما فى المائلة عند اتحاد الجنس فى القدر ليمعنى البيع (أو) أوجب المائلة (صيانة لاموال الناس عن التوى) فانه اذا قوبل بجنسه قابل كل جزء كل جزء فاذا كان فضل فى أحدهما صار ذلك الفضل نوبا على مالكه فاقصده صيانة لاموال الناس عن التوى أوجب المائلة بخلاف ما اذا قوبل بالمال بغير جنسه فانه لا يتحقق فيه جزء لم يقابل بجزء من الآخر فلا يتحقق التوى الا عند المقابلة بالجنس مع تحقق الفضل فى احدى الجهتين ثم من تميم التماثل المساواة فى التقابض فان للحال مزية على المؤخر فاجاب التقابض

شرط أى بيعه ووصف المائلة وقد يتعلق بالمباح بشرط يجب رعايته كالاشهاد فى الشكاح (قوله تحقيق المعنى البيع اذ هو ينشئ عن التقابل) لان البيع مبادلة المال بالمال وذا بالتمائل فى عقد الجنس بحيث يقابل كل جزء من هذا عوض مماثلة اذ لو فضل أحد العوضين لخلا ذلك الفضل عن العوض فلا يتحقق معنى التقابل فلا تحقق المعاوضة بل يكون استحقا فالذلك القدر بلا عوض وقضية المعاوضة بخلافه (قوله أو صيانة لاموال الناس عن التوى) اذ شرط الفضل متول للمال لانه يستحقه بلامنة وعوض والبيع شرع لتفصيله لالا تواتره فيكون شرطا غير لازم للبيع فيعمل (قوله أو تميم الفائدة) أى لفائدة البيع باتصال التسليم بالمبيع فان فائدة البيع حصول المالك فى المبيع فنفس العقد يثبت ملك الرقبة وتماثل ملك التصرف وذلك باتصال التسليم بالعقد وذلك فى وجوب المائلة لان وجوب المائلة يقتضى كون كل واحد منهما مقبوضا وبالقبض تتم الفائدة فقلنا وجوب المائلة تميم الفائدة وفى الكافي للعلامة النسفي وتتميم الفائدة التبايع بوجود التقابض اذ شرط الفضل سبب للتنازع المانع من المقصود بالتبايع وهو التقابض المطلق للتصرف اذ المشرط له الزيادة يطالب صاحبه بالتسليم بحكم الشرط والآخر يتمتع عن التسليم بوجود الضرر فيقعان فى التنازع وهو فساد وما يفضى الى الفساد فهو فاسد نعم قدرضى به لكن ربما يندم لان طبعه لا ينقاد ظاهر الكونه محبولا على حب المال والمحبون غير ماجور ومحمود وربما يتنازعان عند التسليم والتسليم وفى النهاية للعلامة السعناى رحمه الله أو تميم الفائدة باتصال التسليم بالتمائل يعنى فى الذهب والفضة اذ شرط التماثل بالقبض فان مالا يتعينان بالتعيين فيحتاج الى القبض لتحقيق المائلة فكان تميم الفائدة فيه باتصال التسليم بالتمائل أى بعد كون كل واحد منهما مثالا لا تحرف كونهما ساولا تحرف كونه مستدعى العقد فائدة العقد ويحتمل أن يكون معناه عاما فى الاموال كلها أى لو لم يكن كل واحد منهما مثالا لا تحرف فائدة الفائدة بالقبض لانه اذا كان أحدهما ناقص يكون نفعانى حق أحد المتعاقدين ضررانى حق الآخر واذا كان مثالا لا تحرف يكون نفعانى حقهما فكون الفائدة وهى ثبوت الملك أتم بعد القبض لانه يكون نفعانى فى حقهما جميعا بخلاف ما اذا كان أحدهما ناقص من الآخر (قوله ثم يلزم عند فوته) أى فوات الشرط

قدرا الا بيان المائلة من حيث القبض والاولى أن ية الولى لم يكن أحد العوضين مماثلا لا تحرف تميم الفائدة بالقبض لانه اذا كان أحدهما ناقص يكون نفعانى فى حق أحد المتعاقدين وضراوانى حق الآخر واذا كان مثالا لا تحرف يكون نفعانى فى حقهما فتكون الفائدة أتم بعد القبض لكونه نفعانى فى حقهما جميعا ولما قلنا أن يقول هذه الواجهة الثلاثة المذكورة لاشتراط التماثل ما يجب تحقيقه فى سائر البياعات لانها لا تنفك عن التقابل وصيانة أموال الناس عن التوى وتتميم الفائدة مما يجب فيجب التماثل فى الجميع لئلا تختلف العلة عن المعلول والجواب ان موجبه فى الربا هو النص والوجوه المذكورة حكمته لا علمته ليتصور الخلف واذا ثبت اشتراط المائلة لم عند فوته حرمة الربا لان المشرط ينتفى عند انتفاء شرطه ولما قلنا أن يقول انما يلزم حرمة الربا عند فوات شرط الحاصل ان لم توجد الواسطة بين

والمائلة

الحل والحرمة وهو ممنوع لان الكراهة واسطة بين الحل والحرمة ويمكن أن يجاب عنه بان المراد

(قوله ولما قلنا أن يقول الى قوله لانها لا تنفك عن التقابل) أقول فيه بحث فانه اذا لم يتحد الجنس لا يظهر انتفاء التقابل والتوى وانتفاء تميم الفائدة (قوله ولما قلنا أن يقول انما يلزم حرمة الربا عند فوات شرط الحل) أقول اذا كان مراعاة شرط الحل واجبا على ما يدل عليه الحديث فترك الواجب حرام لا مكرهه (قوله ويمكن أن يجاب عنه بان المراد بالحرمة ما هو حرام لنفسه وهو بمعنى الكراهة) أقول فيه بحث فان

الحرام ما ثبت بدليل قطعي والمكر وهو الثابت بظني كالغرض والواجب ألا يري الى مقابلة البيع المكر وهو بالفاسد فيما سبق (قوله ولما قيل ان يقول قد تبين أن المأثلة الى قوله بالقدر والجنس الخ) أقول فيه بحث فان المثل هو وجوب المأثلة لانفسها

بجنسه مثلاً بمثل جاز البيع فيه لوجود شرط الجواز وهو المماثلة في الميعار ألا ترى إلى ما يرى من مكان قوله مثلاً بمثل كذا بكذا وفي الذهب بالذهب وزنا بوزن (وان تغاضل لم يجز) لتحقيق الربا ولا يجوز بيع الجيد بالردى بمساويه الربا بالامثلة بمثل) لاهدوا التفاوت في الوصف

أن ما كانت الحاجة إليه أكثر كان إطلاق الشرع فيه أوسع كالماء والكلام للدواب فان قال دل ان ترتب على المشتق عليه قلنا ذلك بشرط كونه صالحاً مناسبا للحكم على أن نأمنع أن الطعام مشتق بل هو اسم لبعض الاعيان الخاصة وهو البر والشعير لا يعرف المخاطبون بهذا الخطاب غيره بل التمر وهو غالب ما كوله لهم لا يسمونه طعاماً ولا يفهمونه من لفظ الطعام ألا ترى أن ما لكافة بما قدمنا أجاز التصرف في كل مبيع قبل القبض سوى الطعام قال لانه صلى الله عليه وسلم خصه بالذكور ولم يرد كل ما يؤكل أو يشرب من البقل والماء والطين الارمنى وهو صحيح لولا دلائل آخره والخافه بالبيع فيه خلل لان البضع مصون شرعاً وعرفاً وعادة عن الابتذال والاباحة فكان الاشتراط من تحقيق غرض الصيانة بخلاف باقي الاموال فان أصلها الاباحة و يوجد كثير منها ما يحتاج الذهب والفضة وانما لم يرد فيها العقد بعد تعلق حق انسان به دفعاً للمفسدة التغالب فوضعها على ضد وضع البضع من الابتذال والامتهان دفعاً للعوائج الاصلية فالخافه بغير صحيح الا أنهم لم يحصر والمعرف في الكيل والوزن أجاز وبيع ما لا يدخل تحت الكيل مجازة فجاز وبيع التفاحه بالتفاحتين والحفنة من البر بحفنتين لعدم وجود المعيار المعروف للمساواة فلم يحقق الفضل ولهذا كان مضموناً بالقيمة عند التلاف لا بالمثل وهذا في غير الجوز من العددى المتقارب أمافيه فكلام نعر الاسلام أن الجوزة مثل الجوزة في ضمان العدوان وكذا الثمرة بالثمرة لا في حكم الربا لان الجوزة ليست مثلاً للجوزة لعدم دليل المماثلة ولوجود التفاوت الان الناس أهدر والتفاوت فقبل في حقهم وهو ضمان العدوان فاما في حق الشرع وهو وجوب التسوية فلا من فروغ ضمان ما دون نصف صاع بالقيمة أنه لو غصب حفنة فعفنت عنده ضمن قيمتها فان أبى الآن يأخذ عنهما أخذها ولا شيء له في مقابلة الفساد الذي حصل لها وعند الشافعي لما كانت العلم حرم الحفنة والتفاحه بثنتين وقولاً ما دون نصف صاع في حكم الحفنة لانه لا تقدر في الشرع بمادونه فعرف أنه لو وضعت مكاييل أصغر من نصف الصاع لا يعتبر التفاضل به وهذا اذا لم يبلغ أحد البديلين نصف صاع فان بلغ أحدهما نصف صاع لم يجز حتى لا يجوز بيع نصف صاع فصاعداً بحفنة وفي جميع التفاريق قبل لار واية في الحفنة بغير وزن واللب بالجوز والصحيح ثبوت الربا ولا يسكن الخاطر الى هذا بل يجب بعد التعليل بالقصد الى صيانة أموال الناس تحريم التفاحه بالتفاحتين والحفنة بالحفنتين أماناً كانت مكاييل أصغر منها كفي ديناراً من وضع ربع القدر وغنى القدر المصرى فلا شك

المهادون التضييق كالهواء والماء والنار اذا الحاجة توفرت في الاباحة كالمية تحمل عند الحاجة وكالطعام في الغنيمة يباح تناوله قبل القسمة ولا يباح تناول سائر الاموال فتعليل الحرمة بحاله أثر في الاطلاق لا في الحرمة فاسد لا فضائه الى فساد الوضع وسباق النص دليلنا لانه ذكر الاشياء الستة وعطف بعضها على بعض وذكر لكل حكم واحد فلا بد أن تكون علة الحكم متحدة اذا الحكم المشترك لا بد له من علة مشتركة وهذا فيما ذكرنا لا فيما ذكره فان قيل ما تعنى بقولك العلة القدر مع الجنس ان عنيته به أنه علة الربا فهو ظاهر الفساد لان بيع المكيل والموزون بجنسه ممتثالاً يصح مع وجود العلة وان عنيته به أنه علة وجوب المساواة فليس فيما ثبت اشارة اليه قلنا هما علة وجوب المساواة وحرمة الفضل وقد أشرت الى ذلك لاني بينت أن الحديث أو جب المساواة وانما يتصور وجوبها في محل يقبلها وإذا انما يحصل بالقدر والجنس وباعتبار كونه قابلاً للمساواة يجب المساواة باعتبار وجوب المساواة يحرم الفضل لغوات حكم الامر وما يوجب أحد الضدين يقتضى نفي الضد الآخر اذا كان مغفوتاً كالامر بالمساواة في رمضان يقتضى حرمة الاكل والشرب والواقع ان الضد مغفوت للمأمور به فثبت أن القدر والجنس علة وجوب المساواة وحرمة الفضل ومعنى

فاسد لان حايقة تضييق اختلاف ما أضيف اليهما لانهم لما كانوا من أعظم وجوه المنافع كان السبيل فيه الاطلاق لشدة الحاجة دون التضييق ألا ترى ان الحاجة اذا اشتدت آثرت في اباحة الحرام حالة الاضطرار فكيف تؤثر حرمة المباح بل سنة الله حرت في التوسيع فيما كثر اليه الاحتياج كالهواء والماء وعلف الدواب وغير ذلك وعلى هذا فالاصل في هذه الاموال جواز البيع بشرط المساواة والفساد لوجود المفسد فلا تكون المساواة مخلصاً عن الحرمة (واذا ثبت ما ذكرنا من تقرير الاصل من الجانبين نقول اذا بيع المكيل أو الموزون بجنسه مثلاً بمثل أى كذا بكذا أو وزنا بوزن جاز البيع لوجود مقتضى وهو المبادلة المعهودة في العقود مسع وجود شرطه وهو المماثلة في الميعار كما ورد في المروى وان تغاضل لم يجز لتحقيق الربا بانتفاء الشرط والجوزة ساقطة فلا يجوز بيع الجيد بالردى الا مثلاً

قال (و يجوز بيع الحفنة بالحفنتين) أي ومسايرت تب على الأصل المذكور جواز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين لان عدم الجواز بتحقيق الفضل وتحقق الفضل يظهر بعدم وجود المساواة والمساواة بالكيل ولا كيل في الحفنة والحفنتين فتنتفي المائلة فينتفي بتحقيق الفضل واستوضح ذلك بقوله (ولهذا) أي ولان الحفنة والحفنتين لم تدخل تحت المعيار (١٥٢) الشرعي ولهذا (كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف) لامتثالها لوقعت

مكيلة أو موزون وتوجب مثلها فان المكيسلات والموزونات كلها من ذوات الامثال دون القيم وعند الشافعي رضى الله عنه لا يجوز لان علة الحرمة وهو الطعم وقد وجدن والمخلص المساواة ولم توجد وعلى هذا لا يجوز وعنده بيع حفنة بحفنة وتفاحة بتفاحة لوجود الطعم وعدم المساوي وما دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة فلا باع خمس حفنات من الحفنة بست حفنات منها وهما لم يبلغا حد نصف الصاع جاز البيع عندنا لانه لا تقدري في الشرع بمادونه وأما اذا كان أحد البدلين بلغ حد نصف الصاع والآخر لم يبلغ فلا يجوز كذا في المبسوط ومن ذلك ما اذا تباعا مكبلا أو موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالخص والحديد فإنه لا يجوز عندنا لوجود الطعم وعند عدم الجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثنية قال (فاذا عدم الوصفان) اذا ثبت ان علة الحرمة شيان فاما أن يوجد أو يعدم أو يوجد

أو يجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين لان المساواة بالمعيار ولم يوجد فلم يحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف وعند الشافعي رضى الله عنه العلة هي الطعم ولا يخلص وهو المساواة فيحرم وما دون نصف الصاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدري في الشرع بمادونه ولو تباعا مكبلا أو موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالخص والحديد لا يجوز عندنا لوجود الطعم والجنس وعند عدم الطعم والثنية قال (واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه محل التفاضل والنساء) لعدم العلة المحرمة والأصل فيه الاباحة واذا وجد احرم التفاضل والنساء لوجود العلة واذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل أن يسلم هر وبافي هروى

وكون الشرع لم يقدر بعض المقدرات الشرعية في الواجبات المسالية كالكفارات وصدة الفطر بأقل منه لا يستلزم اهدار التفاوت المتيقن بل لا يحل بعد تيقن التفاضل مع تيقن تحريم اهداره ولقد أعجب غاية العجب من كلامهم هذا وروى المعلى عن محمد أنه كره التمرة بالتمر تين وقال كل شيء حرم في الكثير فالقليل منه حرام (و) يتفرع على الخلاف ما لو تباعا مكبلا أو موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالخص والحديد لا يجوز عندنا لوجود الطعم والجنس) مع التفاضل على ما قررناه بالصيانة (وعنده يجوز لعدم الطعم والثنية) هذا ولكن يلزم على التعليل بالصيانة أن لا يجوز بيع عبد بعبدين وبغير بعبدين وجواز بيع جمع عليه اذا كان حالا فان قيل الصيانة حكمة فنقاط بالمعرف لها وهو الكيل والوزن قلنا انما يجب ذلك عند خفاء الحكمة وعدم انضباطها وصور المال ظاهر منضبط فان المائلة وعندهما محسوس وبذلك تعلم الصيانة وعدمها غير أن المذهب ضبط هذه الحكمة بالكيل والوزن تغاير ما عن نفعه بالعبد بعبدين ونوب هروى بهروى بين وفي الاسرار ما دون الحبة من الذهب والفضة لاقية له (قوله) واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه وهو القدر (حل التفاضل والنساء) كبيع الحنطة بالدرهم أو الثوب الهروى بهروى بين إلى أجل والجوز بالبض إلى أجل (لعدم العلة المحرمة) وعدم العلة وان كان لا يوجب عدم الحكم لكن اذا تحدث العلة لزم من عدمها لعدم لا بمعنى أنها تؤثر لعدم بل لا يثبت الوجود لعدم علة الوجود فيبقى عدم الحكم وهو الحرمة فبما نحن فيه على عدمه الأصلي واذا عدم سبب الحرمة (والأصل في البيع) مطلقا (الاباحة) الا ما أخرجه دليل من أصنافه كان الثابت الحل (واذا وجد) أي الجنس والمعنى المضموم اليه وهو القدر (حرم التفاضل والنساء) كالشعر بالشعر لا يجوز الامع التساوي والتفاضل (لوجود العلة) المعرفة للحكم على ما بينا (واذا وجد أحدهما وعدم الآخر) حرم التفاضل وحرم النساء مثل أن يسلم (هر وبافي نوب هروى) في صورة اتحاد الجنس مع عدم المضموم اليه من الكيل أو الوزن لا يجوز وكذا اذا باع عبد بعبد إلى أجل لوجود الجنسية

قولنا علة الر بالقدر والجنس علة وجوب المساواة التي يلزم عند فواتها الر بأو علة كون المال ربوا أو علة حرمة الفضل واذا ثبت أن العلة القدر والجنس تعدى إلى سائر المقدرات سواء كان مطعوماً ولا (قوله) وما دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة) هذا اذا كان كل واحد من البدلين لا يدخل تحت نصف الصاع وأما اذا كان أحد البدلين لا يبلغ حد نصف الصاع والآخر يبلغ حد نصف الصاع أو أكثر فبيع أحدهما بالآخر لا يجوز نص على هذا في المبسوط وقال لو باع حفنة بغير لا يجوز (قوله والمعنى المضموم اليه) أي الكيل أو الوزن (قوله لعدم العلة) أي حل التفاضل لدليل الحل وهو قوله تعالى وأحل الله البيع وعدم

(٢٠) - (فتح القدير والكفاية) - (سادس) أحدهما دون الآخر فلا ولما تقدم والثاني يظهر عنده حل التفاضل والنساء لعدم العلة المحرمة وتحقيقه ما أشار اليه بقوله (والأصل فيه الاباحة) يعني اذا كانت أصلا وقد تركت لوجود العلة التي هي القدر والجنس يظهر عند عدمها لأن العلة ثبت شيئا فاذا وجد أحدهما وعدم الآخر حرم التفاضل وحرم النساء (مثل أن يسلم هر وبافي هروى

هروى

أو حنطة في شعير غمرمة الفضل بالوصفين وحرمة النساء باحدهما) حتى لو باع عبد بعد إلى أجل لا يجوز لو جرد الجنس عند بيعه يجوز (وقال الشافعي رحمه الله الجنس بانفراده لا يحرم النساء لان النقدية وعدمها لا يثبت الاشبهة الفضل) بالاتفاق (وحقيقة الفضل غير مانع) من الجواز في الجنس حتى جاز بيع الهر وبي بالهر وبين والعبد بالعبد (فالشبهة أولى) قبل ليس في تخصيص الجنس بالذكري في عدم تحريم النساء زيادة فائدة فان القدر عنده كذلك فانه يجوز اسلام الموز ونات في الموز ونات كالحديد والرصاص ويمكن أن يقال انما خصه بالذكري لان الحرمة وهو حرمة النساء انما لم يرد عند في صورة الجنس وأما في صورة القدر فقد وجد فانه لا يجوز بيع الذهب بالفضة نسبية وكذا بيع الحنطة بالشعير وان كان علة ذلك عنده غير القدر وهو أن التقابض شرط في الصرف وبيع الطعام عنده وانما قال المصنف رحمه الله من أنه مال الربا من وجه وتحقيقه ما ثبت أن في باب الر با حقة وشبهة لا نزاع في ذلك والشبهة إذا انعدت عن الحقيقة تحتاج إلى محل وعلة كالحقيقة ولا يجوز أن يكون محلها وعلة ما محل الحقيقة وعلة ما كانت حقيقة أو مقارنة لها وهو خلاف الغرض فلا بد من شبهة محل وشبهة علة وما يجري فيه الربا النسبية مال الربا من وجه نظر إلى أن (١٥٤) القدر يجمعهما كافي الحنطة مع الشعير أو الجنس كالحهر وبي مع الهر وبي إذا كان أحدهما

نقد أو لا آخر نسبية وكل علة ذات وصفين مؤثرين لا يتم نصاب العلة إلا بهما فليس كل منهما شبهة العلة فلكل منهما شبهة العلة وشبهة العلة تثبت بهما شبهة الحكم والنقدية أو وجبت فضلا في المسألة فتتحقق شبهة إلى باقي محل صالح بعلة صالحة لها وشبهة إلى ما مائة كالحقيقة وفيه بحث من وجهين أحدهما ما قبل أن كونه من مال الربا من وجه وشبهة كون النقدية أو وجبت فضلا شبهة فصار شبهة الشبهة والشبهة هي المتبصرة دون النازل عنها والثاني أن كون شبهة الربا كالحقيقة أما أن يكون مطلقاً أو في محل الحقيقة والاول ممنوع والثاني مسلم لكنها كانت حادثة فيما نحن فيه فيجب أن تكون

أو حنطة في شعير غمرمة الفضل بالوصفين وحرمة النساء باحدهما وقال الشافعي الجنس بانفراده لا يحرم النساء لان النقدية وعدمها لا يثبت الاشبهة الفضل وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنتين فاشبهة أولى ولنا أنه مال الربا من وجه نظرنا إلى القدر أو الجنس والنقدية أو وجبت فضلا في المسألة فتتحقق شبهة إلى ما وهي مائة كالحقيقة ولو باع العبد بعدين أو الهر وبي هر وبي حاضر اجاز (أو حنطة في شعير) في صورة اختلاف الجنس مع اتحاد المضموم وهو المساوي وكذا حديد في رصاص ومقتضاه أن لا يجوز فلوس في خبز ونحوه في زماننا لانها وزنية (فغمرمة بالفضل بالوصفين) جميعا (وحرمة النساء باحدهما) والنساء بالمذلي غير (وقال الشافعي رحمه الله الجنس بانفراده لا يحرم النساء) لانه دليل عليه وأيضاً الدليل على نفيه وهو ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه صلى الله عليه وسلم جهز حيشاً فامرني أن اشتري بعيراً يبيع من إلى أجل وهذا يكون مساو عن ابن عمر أنه باع بعيراً بربعة إلى أجل وعن علي رضي الله عنه أنه باع بعيراً يقال له هصغور بعشرين بعيراً إلى أجل والمعنى أن التأجيل في أحد البدين يظهر التفاوت فيه حكماً والتفاوت حقيقة أكثرنا نيرامنه حكماً فإذا كان التفاوت حقيقة في هذه الاموال بان باع الواحد بالاثنتين لا يترتب في منع الجواز بالاتفاق حتى جاز هذا البيع اذا كان حالاتها تفاوتاً حكماً أو نقدياً وهذا معنى قول المصنف لان النقدية إلى آخره (ولنا أنه مال الربا نظر إلى القدر أو الجنس و) عرف أن النقدية أو وجبت فضلا في المسألة حتى تعورف البيع بالحال بانقص منه بالو حل (فتتحقق بوجوده) شبهة (علة الربا) فتثبت شبهة الربا (وشبهة إلى ما مائة كالحقيقة الربا)

علة الحرمة لأن يثبت حل التفاضل لعدم علة الحرمة لان العدم لا يثبت شيئاً لانه ليس بثابت في نفسه (قوله وقال الشافعي رحمه الله الجنس بانفراده لا يحرم النساء) وهذا راجع إلى أصل وهو أن الجنس عندنا أحد وصفي العلة التحريم الربا في النقدية يكون علة التحريم بالنساء وعندنا الخصم الجنسية شرط والشرط لا أثر له في اثبات الحكم (قوله وحقيقة الفضل فيه غير مانع) حتى يجوز بيع ثوب هر وبي بثوبين هر وبي فأولى أن لا يمنع شبهة ولنا أنه مال الربا من وجه نظرنا إلى أحد الوصفين لوجود المساوي بينهما من وجه أما إذا

الا

الشبهة كذلك والجواب عن الاول ان الشبهة الاولى في المحل والثانية في الحكم وثمة

شبهة أخرى وهي التي في العلة وشبهة العلة والمحل تثبت بهما شبهة الحكم لا شبهة الشبهة وعن الثاني ان القضية غير حاضرة بل الشبهة مائة في محل الشبهة وهو ما ذكرنا كما أن الحقيقة مائة في محلها اذا وجدت العلة بكاملها فان قيل ما بال المصنف رحمه الله لم يستدل للجانين بالأحاديث التي تدل على كل واحد

(قوله وان كان علة ذلك غير القدر الخ) أقول اذا كان علة ذلك عنده غير القدر صدق أن القدر لا يحرم النساء فلا يظهر وجه التخصيص (قوله وشبهة العلة والمحل تثبت بهما شبهة الحكم إلى قوله لتحقق شبهة إلى بالخ) أقول أنت خبير بان الثابت بحقيقة العلة حقيقة حرمة الفضل لاحقة الفضل فينبغي أن يثبت بشبهة العلة حرمة الفضل لاشبهة الفضل فلا يجوز بيع الهر وبي بالهر وبين والعبد بالعبد في ما ذكره الشارح مغالطة لا يجدي شيئاً إلا في قول المصنف بعد سطور فعل هذا لو باع الحنطة بجنسها إلى ان قال اتوهم الفضل فليتأمل (قوله وهو ما ذكرنا) أقول يعني قبل تسعة أسطر تخمينا وهو قوله ما يجري فيه الربا بالنسبة إلى الربا من وجه الخ

منها كما استدلل بعض الشارحين بما روي عن عبد الله بن عمر وبن العاص أن النبي صلى الله عليه وسلم جهز جيشاً فأمرني أن أشتري بغيري
ببيع من إلى أجل للشافعي رحمه الله وبناروي أبو داود في السنن عن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة لنا فالجواب
أن جهالة التارخ وتطرق الاحتمالات للتأويل منعاً من ذلك فإن قيل إجماع الصحابة على حرمة النساء فكان الاستدلال به أولى من المذكور
في الكتاب فالجواب أن الخصم ان سلم الإجماع فله أن يقول أنهم أجمعوا على النساء (١٥٥) في كمال العلة لا في شبهتها وقوله (الأنه

إذا سلم) استثناء من قوله
فاذا وجد أحدهما وعدم
الآخر حل التفاضل وحرمة
النساء فان ذلك يقتضي عدم
اسلام النقود في الزعفران
لوجود الوزن كاسلام
الحديد في الصفر فاستثنى
الزعفران ونحوه كالقطن
والجسد لانه وان جمعها
الوزن لكنهما يختلفان في
صفة الوزن ومعناه وحكمه
أما الاول فلان الزعفران
يوزن بالأمنا والبقود
بالصنجات وهي معربة ٣
سنتن ترزون ونقل عن
الغراء أن السنين لا تصح
ونقل عن ابن السكيت
الصنجات ولا يقال بالسين
وأما الثاني فلان الزعفران
مشمع يتعين بالتعيين
والنقود لا يتعين بالتعيين
وأما الثالث فلانه لو باع
بالنقود موازنة بان يقول
اشتريت هذا الزعفران
بهذا النقد المشار اليه على
أنه عشرة دنانير مثلاً فقبضه
البائع مع المتصرف فيه
قبل الوزن ولو باع الزعفران
بشرط أنه منون مثلاً وقبضه
المشتري أبس له أن يتصرف

الأنه إذا سلم النقود في الزعفران ونحوه يجوز وان جمعها لوزن لا لثمنها لا يتفقان في صفة الوزن فان
الزعفران يوزن بالأمنا وهو مشمع يتعين بالتعيين والنقود توزن بالصنجات وهو غير متعين بالتعيين
ولو باع بالنقود موازنة فقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن وفي الزعفران وأشباهه لا يجوز
بالإجماع على منع بيع الاموال الربوية بجهة مجازة فان طن النساء وتماثلت الصنجات في الرقبة وليس
فيه الاشبهة بثبوت الفضل بل قالوا لو تباعا بمجازة فثم كبل بعد ذلك فلهذا ما تساوى بين لم يجز عندنا أيضاً خلافاً للزفر
لان العلم بالمساواة عند العقد شرط الجواز لنهيه صلى الله عليه وسلم عن الربا والريبة وكذا الاتفاق على أنه
لا يجوز بيع الحنطة بالشعير نسيئة بئريداً ما ذكرنا والتحقق أن المعول عليه في ذلك ما تقدم من حديث عبادة
ابن الصامت مما أخرجه الستة الا البخاري من قوله في آخر الحديث فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا
كيف شئتم بعد أن يكون يدابيد فالزم التقابض عند الاختلاف وهو تحريم النسيئة وكذا ما تقدم من رواية
أبي داود لقوله صلى الله عليه وسلم ولا بأس ببيع البر بالشعير والشعير أكثرهما يدابيد وأما النسبة فلا وأخرج
أبو داود أيضاً قال حدثنا موسى بن اسمعيل حدثنا حماد عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه
وسلم أنه نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة فقام دليل على أن وجود أحد جزأى علة الرابطة للتحريم
النساء ثم عللنا بان فيه شبهة الربا أعنى الفضل وانما قلنا هذا لان مقتضى ما ذكرنا من أن الاشبهة حكم الحقيقة
أن يحرم باحد الوصفين التفاضل أيضاً لان شبهة العلة حكم العلة فيثبت به شبهة حكم العلة وحكم العلة هو حرمة
التفاضل والنساء فيثبت فيها ثم يقدم هذا الحديث على حديث البعير ببيع من لانه يحرم وذلك صحيح أو
يجمع بينهما بان ذلك كان قبل تحريم الربا ولما كان مقتضى ما ذكرنا لا يجوز اسلام النقود من الدراهم
والدنانير في الزعفران وفي سائر الموزونات كالقطن والحديد والنحاس وهو جائز بالإجماع أجاب بالغرف بان
الوزن في النقود وفي تلك الاموال مختلف فانه في النقود بالتفاضل والدراهم بالصنجات وفي الزعفران بالأمنا
والقطن وهذا اختلاف في الصورة بينهما وبين الاختلاف آخر معنوي وهو أن النقود لا تتعين بالتعيين
والزعفران وغيره يتعين وآخر حكمي وهو أنه لو باع بالنقود موازنة فقبضها كان له أن يبيعها قبيل الوزن
وتفسيره لو اشترى دراهم أو دنانير موازنة فوزنها بالبائع بغية المشتري وسلمها فقبضها جاز له أن يتصرف فيها
بالقدر أو معنى الجنس النقدي من النسيئة فيتحقق شبهة الربا وهي الحقيقة حتى فسد البيع بمجازة
لاحتمال الربا وهذا لان كل حكم يتعلق بوصفين مؤثرين لا يتم نصاب العلة الا بهما فكل واحد منهما شبهة
لعلة فيثبت بشبهة العلة شبهة الفضل كما ثبت بحقيقتها حقيقة الأخرى أنه لو سلم فغير ربي فغير شعير لا
يصح إجماعاً ولا يقال انه بعض العلة وبعض العلة لا يثبت الحكم لانه علة تامة لحرمة النساء وان كان بعض
العلة لحرمة ربا الفضل وكذلك اسلام المكيلات في المكيلات والموزونات في الموزونات نحو الحديد والرصاص
وما أشبه ذلك يجوز عنده وعندنا والشافعي رحمه الله ينكر حرمة النساء فانه يقول التقابض في بيع
المطعم بالمطعم شرط جواز العقد فيعدم الجواز لانعدام التقابض لاسكونه نساء وهذا خرق لإجماع
الصحابة رضي الله عنهم فانهم اتفقوا على حرمة النساء كذا في الايضاح (قوله الا أنه إذا سلم النقود في
الزعفران) استثناء من قوله وإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرمة النساء (قوله ونحوه)

فيه حتى يعيد لوزن
(قوله) فالجواب أن جهالة التارخ وتطرق احتمال التأويل منعاً من ذلك أقول إذا تعارض المهرم والمبيع فالمرجع للمهرم احتياطاً
على ما فصل في كتب الأصول وهذا يعني في الاستدلال لتأويل الشافعية يستدلون بما روي عن عبد الله بن عمر في كنههم (قوله فان
قبل إجماع الصحابة على حرمة النساء) أقول قوله إجماع الصحابة مبتدأ وقوله على حرمة النساء منبذ

(واذا اختلفا في الوزن صورة ومعنى (١٥٦) وحكمهما يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة) فان الموزونين

فاذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكمهما يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة

قبل وزنها ثانيا في الزعفران ونحوه بشرط اعادة الوزن في مثله (فاذا اختلفا) أي النقود والزعفران ونحوه (فيه) أي في الوزن (صورة ومعنى وحكمهما يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة) وقوله صورة ومعنى وحكمهما يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة ولا يتعلق بالوزن وليس الاختلاف باعتبار اختلافه في معنى الوزن وكذا الاول فان الزعفران والمسلك والربا دون وزن بالاعتبار أيضا وكذا الأخير بل لا فرق بين النقود وغيره في ذلك وقوله وفي الزعفران وأشباهه لا يجوز أن أراد أنه بعدما تزنه من بانه وقبضه ليس له أن يبيعه حتى يعيد الوزن ممنوع بل له أن يبيعه موازنة من آخر ثم يلزم بعده هذا البيع أن تزنه الآخر ليس له اليه ليصير تصرفه تصرفا لا يحق في الدراهم اذا قبضها او اما أن يقال اذا باع بالدراهم حتى كانت ثمنًا أو باعها له أن يتصرف فيها قبل قبضها بخلاف الزعفران لانه مبيع وذلك ثمن ويجوز التصرف في الثمن قبل قبضه بخلاف المبيع وعلى تقدير هذا الاختلاف الحكمي وحده لا يوجب اعتباره غير شارك له في أصل الوزن واذا ضعف هذا فالوجه في هذا أن يضاف تحريم الجنس بانفراده الى السمع كذا كرناو يلحق به تأثير الكيل والوزن بانفراده ثم يستثنى اسلام النقود في الموزونات بالاجماع كي لا ينسد أكثر أبواب السلم وسائر الموزونات بخلاف النقود لا يجوز أن تسلم في الموزونات وان اختلفت أجناسها كاسلام حديد في قطن أو زيت في جبن وغير ذلك الا اذا خرج من أن يكون وزنيا بالصنعة الا في الذهب والفضة فلو أسلم سيفا في موزن جاز الا في الحديد لان السيف خرج من أن يكون موزونا ومنعه في الحديد لاتحاد الجنس وكذا يجوز بيع اناء من غير النقدين بمثله من جنسه يد ايد نحاسا كان أو حديدا وان كان أحدهما أثقل من الآخر بخلافه من الذهب والفضة فانه يجري فيه بالفضل بل وان كانت لا تباع وزنا لان صورة الوزن منصوب عليها فمما لا يتغير بالصنعة فلا يجوز أن يخرج عن الوزن بالعادة وأورد أنه ينبغي أن يجوز حينئذ اسلام الحنطة والشعير في الدراهم والدنانير لاختلاف طريقة الوزن أجيب بان امتناعه لا متناع كون النقود سلميا في لان المسلم فيه مبيع وهما متعینان للثمنية وهل يجوز بيعا قبل ان كان بلغظ البيع يجوز بيعا بثمان مؤجل وان كان بلغظ السلم فقد قبل لا يجوز وقال الطحاوي ينبغي أن يتعقد بيعا بثمان مؤجل هذا واختلاف الجنس يعرف باختلاف الاسم الخاص واختلاف المقصود فالحنطة والشعير جنسان عندنا وعند الشافعي وقال مالك جنس واحد حتى لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا لان اسم الطعام يقع عليهما قلنا بل جنسان لانهم مختلفان اسما ومعنى وايراد كل عن الآخر في قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير يدل على أنهم ما جنسان والا فالطعام بالطعام وكون اسم الاعيم يصح اطلاقه على الاخص لا يوجب أن جميع ما يصدق عليه يكون متمثلا كالحيوان يطلق على أمور متباينة بلا شك كالانسان والفرس ولم يلزم من ذلك أن يكون جنسا واحدا بالمعنى الفقهي والثوب الهروي

كسائر الموزونات (قوله فاذا اختلفا فيه صورة) أي في صورة الوزن فان الزعفران يوزن بالامناء والنقود بالسحاب ومعنى فان الزعفران مثنى متعین والنقود ثمن لا يتعین وحكمهما ان التصرف في النقود قبل الوزن يصح وفي الزعفران وأشباهه اذا باعه موازنة لا يجوز التصرف فيه قبل الوزن (قوله لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة) وهذا لانهم اذا اتفقا في الوزن من كل وجه ككلوا سلم الحديد في القطن حرم النساء لشبهة الربا فاذا اختلفا من هذه الوجوه نزلت الشبهة الى شبهة الشبهة فلا تعتبر في الذخيرة و ربا النساء بحرم واحد وصفي علة الربا وهو الجنس أو الوزن أو الكيل مثنى أو ثمن حتى اذا أسلم قفيز حنطة في قفيز شعير لا يجوز لوجود الكيل في مثنى وكذا اذا أسلم الدراهم في الذهب لا يجوز لوجود الوزن في ثمنين واذا أسلم الحديد في الزعفران لا يجوز لوجود الوزن في ثمنين واذا أسلم الدراهم في الزعفران

اذا اتفقا فالمنع للشبهة فاذا لم يتفقا كان ذلك لشبهة الوزن والوزن وحده شبهة فكان ذلك شبهة الشبهة (وهي غير معتبرة) لا يقال لم يجر جابذ لك عن كونهما موزونين فقد جمعهما الوزن لان انطلاق الوزن عليهما حينئذ لا اشتراك اللفظي ليس الا وهو لا يفيد الاتحاد بينهما فصار كان الوزن لم يجمعهما حقيقة وفي عبارة المصنف رحمه الله تسامح فانه قال فاذا اختلفا صورة ولم يختلفا صورة وله هذا قال شمس الاثمة بل نقول اتفقا في معنى الوزن صورة لا معنى وحكمهما اذا جعل قوله صورة على أن معناه صفة كما قال في أول التعليل في صفة الوزن فذلك اعتبار رائد على ما ذكره شمس الاثمة وقال العراقيون في وجه ذلك انما جاز لان الشرع رخص في السلم والاصل في رأس المال هو النقود فلو لم يجوز لوجود أحد الوصفين لانسداد السلم في الموزونات على ما هو الاصل والغالب فان شرع الرخصة في التجوز وهذا ظاهر من الفرق قال شمس الاثمة ولكن هذا كلام

(قوله وأما الثاني فلان الزعفران مثنى متعین) أقول لا يظهر كون هذا اختلافا في معنى الوزن بل ذلك اختلاف معنوي بين الموزونين (قوله

لان انطلاق الوزن عليهما حينئذ بالاشتراك اللفظي) أقول لا يخفى عليك أن نفي اشتراك معنى الوزن مما ينبغي البديهة قال

من يجوز تخصيص العليل والسنان نقول به (قال وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا كالحظمة والشعر
والتمر والمخ (فهو مكيل أبدأ وان ترك الناس الكيل فيسه وكل ما نص على التحريم فيه وزنا) كالذهب والفضة (فهو موزون أبدأ) لان
النص أقوى من العرف لكونه حجة على من تعارف وعلى من لم تعارف والعرف ليس بحجة الا على من تعارف به والا قوى لا يترك بالادنى
(وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لانها) أي عادات الناس (دلالة) على جواز الحكم (١٥٧) فها وقعت عليه لقوله عليه الصلاة
والسلام ما رآه المسلمون

حسنافه وعند الله حسن
(وعن أبي يوسف رحمه الله
اعتبار العرف على خلاف
المقصود عليه أيضا لان
النص على ذلك) أي على
الكيل في المكيل والوزن
في الموزون في ذلك الوقت
انما كان للعادة فيه فكان
المنظور اليه هو العادة
في ذلك الوقت وقد تبدلت
فيجب أن يثبت الحكم على
وفاق ذلك (وعلى ذلك لو باع
حظنة بجنسها متساويا
وزنا أو ذهبها بجنسها متساويا
كيلا) جازعنده اذا تعارفا
ذلك ولا يجوز عند أبي حنيفة
وتحدر جمعهما القهوان
تعارفا لتوهم الفضل على
ما هو المعيار فيه كما اذا باع
بجازفة لكن يجوز الاسلام
في الحظنة ونحوها وزنا على
ما اختاره العلماء ولو جرد
الاسلام في معلوم فان المعاملة
ليست بمعتبرة فيه انما المعتبر
هو الاعلام على وجه ينفي
المنازعة في التسليم وذلك كما
يحصل بالكيل يحصل بذكر
الوزن وذكر في التهمة
ذكر في الجرد عن أصحابنا
أنه لا يجوز فكان في المسئلة
روايتان قال المصنف

قال (وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل أبدأ وان ترك
الناس الكيل فيه مثل الحظمة والشعر والتمر والمخ وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون
أبدأ وان ترك الناس الوزن فيه مثل الذهب والفضة) لان النص أقوى من العرف والا قوى لا يترك بالادنى
(وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس) لانها دالة وعن أبي يوسف انه يعتبر العرف على خلاف
المقصود عليه أيضا لان النص على ذلك لمكان العادة فكانت هي المنظور اليها وقد تبدلت

والمروي وهو يسكون الرأه جنسان لاختلاف الصنعة وقوام الثوب بها وكذا المروي المنسوج بغير عدد
وخراسان والابد الارمني والطالقاني جنسان والتمر كله جنس واحد والحديد والرصاص والشبه اجناس وكذا
غزل الصوف والشعر ولحم البقر والضأن والمغز والالبسة واللبعم وشحم البطن اجناس ودهن البنفسج
والخبري جنسان والادهاا الحظافة أصولها اجناس ولا يجوز بيع رطل زيت غدير مطبوخ برطل مطبوخ
مطيب لان الطيب زيادة (قوله وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا
فهو مكيل أبدأ وان ترك الناس الكيل فيه) حتى لا يجوز بيعه وزنا وان تماثلا في الوزن الا ان علم أنهم
متماثلان في الكيل أيضا (وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون أبدأ) لان النص أقوى من العرف
لان النص أقوى من العرف لان العرف جاز أن يكون على باطل كتعارف أهل زماننا في اخراج الشموع
والسرج الى المقابر ليالي العيد والنص بعد ثبوته لا يحتج على أن يكون على باطل ولان حجة للعرف على
الذين تعارفوه والتموه فقط والنص حجة على الكل فهو أقوى ولان العرف انما صار حجة بالنص وهو
قوله صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وفي المجتبى ثبت بهذا أن ما يعتاده أهل
خوارزم من بيع الحظنة الى بيعها بالخير يغتيموز ونامتساو بالاجوز (وما لم ينص عليه رسول الله صلى
الله عليه وسلم فهو محمول على عادات الناس) في الاسواق (لانها) أي العادة (دلالة) على الجواز فيما وقعت عليه
لقوله صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا الحديث ومن ذلك دخول الحمام وشرب ماء السقاء لان العرف
بمنزلة الاجماع عند عدم النص وزاد الشافعي أن ما كان مستخراجا من أصل فهو ملحق به لانه تبع له كالدقيق
(وعن أبي يوسف وجهه انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضا لان النص على ذلك) الكيل في
الشيء أو الوزن فيه مما كان في ذلك الوقت الا لان العادة كذلك (وقد تبدلت) فتبدل الحكم وأجيب
بان تقريره صلى الله عليه وسلم اياهم على ما تعارفوا من ذلك بمنزلة النص منه عليه فلا يتغير بالعرف لان

يجوز لانه لم يوجد الوزن في مثمين أو ثمين انما وجد في ثمن وثمان (قوله لان النص أقوى من العرف)
لان العرف يحتج على أن يكون على الباطل وأما النص بعد ثبوته فلا يحتج على أن يكون على الباطل ولان العرف
حجة على الذين تعارفوا به وليس بحجة على من لم تعارفوا به وأما النص فحجة على الكل (قوله لانها دالة) أي
العادة برجوع اليها لانها مبينة على عقولهم والعقل حجة من حجج الله تعالى كالنص ولهذا قال عليه السلام
ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن (قوله لان النص على ذلك لمكان العادة) أي لان النص بالكيل
في المكيل وبالوزن في الموزون في ذلك الوقت انما كان العادة فيه فكانت هي المنظور اليها
(قوله وقد تبدلت) والجواب عنه أن تقرير رسول الله عليه السلام اياهم على ما تعارفوا في ذلك بمنزلة النص

(وعن أبي يوسف انه يعتبر العرف على اختلاف المنصوص عليه أيضا لان النص على ذلك لمكان العادة وكانت هي المنظور اليها وقد تبدلت)
أقول استقرض الدراهم عددادو يسع الدقيق وزنا على ما هو المتعارف في زماننا ينبغي أن يكون مبنيا على هذه الرواية
قال المصنف (وعن أبي يوسف انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه الخ) أقول استقرض الدراهم عددادو يسع الدقيق وزنا على ما هو
المتعارف في زماننا ينبغي أن يكون مبنيا على هذه الرواية

قال (وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني) الرطل بالكسر والغض نصف من والاواق جمع اوقية كائنته واثاف قيل هي وزن سبعة مثاقيل وذ كرفي الصالح انه

قال (وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني) الرطل بالكسر والغض نصف من والاواق جمع اوقية كائنته واثاف قيل هي وزن سبعة مثاقيل وذ كرفي الصالح انه

العرف لا يعارض النص كما ذكرناه آنفا كذا وجه ولا يخفى ان هذا يلزم أيا يوسف لان قصاره انه كذبه على ذلك وهو يقول يصار الى العرف الطارئ بعد النص بناء على أن تعير العادة يستلزم تغير النص حتى لو كان صلى الله عليه وسلم حيا النص عليه على وزن ما ذكرنا في سنية التراجع مع أنه صلى الله عليه وسلم لم يواطى عليه بل فعله مرة ثم تركه لكن لما بين عذر خشيته الافتراض على معنى لولا له لو اطلب حكم بالسنية مع عدم المواظبة لانا آمننا من بعده الشخ في حكمنا بالسنية فكذا هذا هو التعير تلك العادة التي كان النص باعتبارها الى عادة أخرى تغير النص والله أعلم (فعلى هذا الو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا والذهب بجنسها متماثلا كبالايجوز عندهما) أي عند أي حنيفة ومحمد وجهما الله (وان تعارفوا ذلك لتوهيم الفضل في أحدهما) وقوله (الأنه الى آخره) استثناء على قوله ما من قوله فهو مكيل أبدا أي يلزم أن يتصرف فيه بالكيل أبدا فهو بعمومه يمنع السلم في الحنطة ونحوها وزنا فاستثناء وقال يجوز ذلك لان المصحح فيه كون المسلم في نفسه معلوما على وجه لا يكون بينهما في نفسه نزاع وذلك يتحقق باتفاقهما على الوزن بخلاف بيعهما بجنسها فان المصحح هناك التماثل بالمسوى الشرعي المعين فلما لم يكن ذلك المسوى التحقق بالخراف فلا يجوز وهذا مختار الطحاوي وروى الحسن عن أصحابنا وجهم الله انه لا يجوز زلانه مكيل بالنص والحاصل أن فيه روايتين والفتوى على الاول وقد عرفت الفرق وقوله في الكافي الفتوى على عادة الناس يقتضي أنهم لو اعتادوا أن يسلوا فيها كيلا فاسلم وزنا لا يجوز ولا ينبغي ذلك بل اذا اتفقا على معرف كيل أو وزن ينبغي أن يجوز زلو جود المصحح وانتقاء المانع وفي جمع التغاريق روى عنهم اجواز السلم وزنا في المكيلات وكذا عن أبي يوسف في الموزونات كيلا انه يجوز وكذا أطلقه الطحاوي فقال لا بأس بالسلم في المكيل وزنا وفي الموزون كيلا هذا الذي ذكره فرق بين الكيل نصا لوزني عادة وقيل فاما لوزني نصا وعادة كافي انما من من جنس واحد حديد أو ذهب أو فضة أحدهما أكثر وزنا من الآخر في الانا من من غير النقيدين يجوز بيع أحدهما بالآخر اذا كانت العادة أن لا يباع وزنا له عددي متقارب وفي أواق الذهب والفضة لا يجوز زفانه يجري فيها بالفضل وان كانت لا تباع وزنا في العادة فان الوزن في الذهب والفضة منصوص عليه فلا يتغير للصناعة بالعادة وأما في الحديد ونحوه فالوزن فيه ثابت بالعرف فيخرج بالصناعة أيضا من أن يكون موز وزنا بالعرف (قوله وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني) هذا في التحقيق تفسير لبعض أعاظم ربما ينسب اليها المبيع بل فقط بقدر ولم يشتهر فيها انها اسم

منه فلا يتغير بالعرف لانه لا يعارض النص (قوله لتوهيم الفضل على ما هو المعيار فيه) وهو الكيل في الحنطة والوزن في الذهب لان شرط الجواز فيهما المماثلة في الكيل والوزن ولم يعلم (قوله الا أنه يجوز زلا اسلام في الحنطة وزنا) وهو رواية الطحاوي عن أصحابنا وجهم الله لان المماثلة لا تشترط في المسلم فيه وانما يعتبر الاعلام على وجه لا يبقى بينهما نزاع في التسليم وذ يحصل بذ كر الوزن كما يحصل بذ كر الكيل وروى الحسن عن أصحابنا أنه لا يجوز زلانه مكيل بالنص والفتوى على الاول لعادة الناس (قوله وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني) الرطل بالكسر والغض نصف من وعن الاصمعي هو الذي يوزن به أو يكال به وقال أبو عبيدة وزنه مائة درهم وثمانية وعشرون درهما وزن سبعة معناه ما يباع بالآواق كالادهان ونحوها والاوقية بالتشديد أو بعون درهما وهي من أفعولة من الوفاية لانها تاتي صاحبها من الضر وقيل فعلة من الاوق وهو النقل والجسع الاواق بالتشديد والتخفيف وهذا لاطباء الاوقية وزن عشرة مثاقيل وخمسة أسباع درهم وهو استار وثلاث استار وفي كتاب العين اوقية وزن من أوزان الدهن وهي سبعة مثاقيل وفي شرح السنة في عدة أحاديث اوقية ثم تعرف الى اوقية قال الأزهرى واللغة الجيدة اوقية كذا في المغرب ثم قال وكاشهم

لانهم اقدوت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزنا بخلاف سائر المكاييل واذا كان موزونا فلو بيع
بمكاييل لا يعرف وزنه بمكاييل مثله لا يجوز لنه وهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة قال (وعقد الصرف ما وقع
على جنس الاثمان يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس)

ورجع الى الوزن كما اشتهر في المن والعنطار والى الكيل كما في الصاع والمد فلا يدري أهذه الاسماء من قبيل
الوزن فيجوز حكم الوزن على المبيع أو المكيل فيجوز عليه حكم الكيل وذلك كاسم الرطل وهو بفتح الواو
وكسرها والاقية فافاد أن المنسوب اليها من المبيعات وزني فيجوز عليه ذلك فلو بيع ما ينسب الى الرطل
والاقية كيلا بكيل متساويين يعرف قدرهما كيلا ولا يعرف وزن ما يحلهم لا يجوز لاحتمال عدم
تساوهم في الوزن فيكون بيع الجزاف ولو تباعا كيلا متفاضلا وهما متساو بالوزن صحيح وليس قولنا
لاحتمال عدم تساوهم ما زال افادة انه لو ظهر تساوهم ما زال يجوز فافاد ان أموال الرطل بالبيع مجازفة
ثم ظهر تساوهم ما زال يجوز بخلافه في قول الشافعي كقولنا بل لا فائدة انه لو علم تساوهم فيما يجب نسبتها
اليه من الكيل والوزن كان جائزا ثم الرطل والاقية يختلف فيها عرف الامصار ويختلف في المصار الواحد أمر
المبيعات فالرطل الآن بالاسكندرية وزن ثلثمائة درهم واثنا عشر درهما ووزن كل عشرة سبعة مثاقيل وفي
مصر مائة وأربعون درهما وفي الشام أكثر من ذلك فهو أربع مائة مثاقيل وفي حلب أكثر من ذلك
وتفسير أبي عبيد الرطل بأنه مائة وعثمانية وعشرون تفسير للرطل العراقي الذي قدر به الفقهاء كيل صدقة
القطر وغيرها من الكفارات ثم في الاسكندرية الرطل المذكور تفسير الكنانة والرطل السكك مائتا درهم
بوزن سبعة وكل رطل في عرف ديار مصر والشام وأقطاره اثنا عشر أوقية وربما كان في غيرها عشرين
أوقية وحيث لا يشك في اختلاف كمية الاوقية باختلاف الرطل وفي زمنه صلى الله عليه وسلم كانت أو بعين
درهما ثم الاوقية مثلا اثنا عشر كذا كرنا وفي نحو المسك والزعفران عشرة والحاصل ان هذه الاسماء مع
أسماء أخرى توقيفتم من جهة الاصطلاح تعرف بالاستكشاف والسؤال عنها فيعرف الحال وقوله بمكاييل
لا يعرف وزنه الى آخره عرف تقريره (قوله وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان) ذهبوا فضة بجنسه
أو بغير جنسه فان كان بجنسه اشترط فيه التساوي والتقابض قبل افتراق الابدان وان اختلف المجلس حتى
لو عقد العقد الصرف ومشيا فترقا فاصح وان لا يكون به خيار وكذا السلم ولا أجل كذا ذكر
وهو مستدل لان اشتراط التقابض يغيبه ولو استقط الخيار والاجل في المجلس عاده بخلافه فان خروا كان
بختلاف جنسه كالذهب بالفضة اشترط ماسوي التساوي واستدل على اشتراط التقابض بقوله صلى الله عليه
وسلم الفضة بالفضة وبالاهاء وهاء وروى ابن أبي شيبة من حديث ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
الذهب بالذهب بالاهاء وهاء والورق بالورق بالاهاء وهاء والبر بالبر بالاهاء وهاء والشعير بالشعير
وبالاهاء وهاء والنمر بالنمر بالاهاء وهاء ورواه أصحاب الكتب الستة الذهب بالورق وبالاهاء وهاء
والبر بالبر وبالي آخره وهاء ومد من هاء وألف وهمزة بوزن هاء مبنى على الفتح ومعناه خذوها يعني هو
وبالافهية يقول كل منهما صاحب خذومه هاؤم اقرؤا كتابه وفسره بأنه يعني يدا بيد في الحديث المتقدم
ثم قال (وما سواه) أي ماسوي عقد الصرف (بما فيه الربا) من بيع الاموال الربوية بجنسها أو بخلاف الجنس

جعلوا الخاص عام في مكاييل الدهن فكيل الدهن فقيل أوقية عشرة ية وأوقية ربعه وأوقية نصفه ومنها قوله في فتاوى
أبي الليث رحمه الله ما يجمع الدهن من دهن يطر من الاوقية هل يطيب له أم لا وعن أبي حنيفة رحمه الله
ما رأينا فاضيا بكيل البول في الاوقية (قوله لانهم اقدوت بطريق الوزن) لانه يشق وزن الدهن بالاثناء لانه لا
يمسك الا في وعاء وفي وزن كل وعاء خرج فاتخذت الاوقية لذلك تيسيرا لاختلاف سائر المكاييل (قوله وعقد
الصرف ما وقع على جنس الاثمان) أي في الطرفين هذا تعريفة وقوله يعتبر فيه قبض عوضيه هذا حكمه لقوله
عليه السلام الفضة بالفضة هاء وهاء بوزن هاء أي خذاي بيع الفضة بالفضة يقال فيه هاء وهاء أي يقول كل
واحد من المتعاقدين لصاحبه هاء فقباضان (قوله وما سواه) أي ماسوي الصرف من العقود الواردة على

وعقد الصرف ما وقع على
جنس الاثمان الخ عقد
الصرف ما وقع على جنس
الاثمان وهي النقود يعتبر
فيه قبض عوضيه في المجلس
قوله (يعتبر فيه) خبر نان
لقوله عقد الصرف ومعنى
يعتبر يجب

(لقله صلى الله عليه وسلم الغضة بالغضة هاهو هاء) معناه يدايد و قد تقدم دلالة على الوجوب وهاء ممدود على وزن هاع ومعناه خذ أى كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء فيتقايضان وفسره بة يدايد وجر الى افادة معنى التعيين كالتبين (وما سوى جنس الأثمان) من الرويات (يعتبر فيه التعيين دون القبض خلافا للشافعي في بيع الطعام) أى فى كل مطعموم سواء بيع بجنسه كبسيع كرخنطة بكر خنطة أو بغير جنسه كبكر خنطة بشعير أو تمر فانه اذا افترا لا عن قبض فسد العقد عنده استدلال على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم لم فى الحديث المعروف يدايد والمراد به القبض لان القبض يستلزمها السكونم الآله فهى كناية و بانه اذا لم يقبض فى المجلس يتعاقب القبض والنقد من رية فتثبت شبهة الربا كالحال والمؤجل (وانما أنه مبيع متعين) لانه يتعين بالتعيين وكل ماهو متعين لا يشترط فيه القبض كالشوب والعبد والدابة وغير هاهو هذا أى عدم اشتراط القبض فيما يتعين لان الفائدة المطلوبة بالقد انما هى التمكن من التصرف وذلك يترتب على التعيين فلا يحتاج الى القبض فان قيل لو كان كذلك لما وجب القبض فى الصرف أجاب (١٦٠) بقوله بخلاف الصرف فان القبض فيه يتعين به فان النقود لا تتعين فى العقد وقوله

(وهى قوله عليه الصلاة والسلام) جواب عن استدلال الخصم بالحديث فانه اذا كان معناه عينا يتعين لم يبق دليله على القبض والدليل على ذلك ما رواه عبادة بن الصامت رضى الله عنه

(وهى قوله عليه الصلاة والسلام) جواب عن استدلال الخصم بالحديث فانه اذا كان معناه عينا يتعين لم يبق دليله على القبض والدليل على ذلك ما رواه عبادة بن الصامت رضى الله عنه عينا يتعين ووجه الدلالة ان اشتراط التعيين والقبض جميعا المدلول عليهما بالروايتين متناف بالاجماع المركب أما عندنا فلان الشرط هو التعيين دون القبض وأما عنده فبالعكس فلا بد من حل احدهما على الآخر وقوله (يدايد) يحتمل أن يكون المراد به القبض لانه آت له كما تقدم وان يكون التعيين لانه انما يكون بالاشارة باليد (وقوله عينا بعين) محتمل لغيره قال المصنف (لقله عليه

يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقايض فلو افترا بعد تعيين البدلين عن غير قبض حاز عندنا (خلافا للشافعي في بيع الطعام) أى كل مطعموم خنطة أو شعير أو لحوم أو فاكهة فانه يشترط فيه التقايض لقوله صلى الله عليه وسلم يدايد ولانه حينئذ يقع التقايض فى القبض والنقد من رية فيكون كالو جمل اذ يحصل التفاوت فى البدلين (ولنانه مبيع متعين فلا يشترط فى صحته بيعه) القبض كالشوب والشوب والعبد والعبد ونحو ذلك وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف وذلك يترتب على التعيين فلا حاجة الى اشتراط شرط آخر وهو القبض بخلاف الصرف لان التعيين لا يحصل فيه الا بالقبض فان الدراهم والدنانير لا تتعين مما لوكة بالعقد الا بالقبض قال ومعنى (قوله يدايد عينا بعين) وكذا رواه عبادة بن الصامت تقدم رواية عبادة بن الصامت

الاموال الربوية (قوله خلافا للشافعي رحمه الله في بيع الطعام) وذ كر لفظ الطعام مطلقا يتناول كل مطعموم سواء اختلف الجنس أو اتحد بان باع كرخنطة بكر خنطة أو بكر شعير أو تمر وافترا من غير قبض فانه يجوز العقد عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز له قوله عليه السلام فى الحديث المعروف يدايد أى قبضا بقبض وانما كنى باليد عن القبض لان ال بدالة القبض ولنا أنه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالشوب أى كجملو باع ثوبا بشوب أو بثوبين وافترا لا عن قبض فان قبيل اذ باع اناء فضة باناء فضة أو باناء ذهب يشترط فيهما التقايض مع أن اناء الغضة أر الذهب مما يتعين بالتعيين قلنا ان الذهب والغضة خلقا متعينين والتعيين بالصنعة عارض فبقى شبهة عدم التعيين نظر الى الاصل فيشرط القبض اعتبارا للشبهة الى راي بخلاف الطعام فانه ما خاق للشمسية فلا يكون فيها شبهة عدم التعيين بعد التعيين (قوله ومعنى قوله عليه السلام يدايد عينا بعين) اذ اليد

الصلاة والسلام الغضة بالغضة هاهو هاء) أقول قال الاتقنى قال المطر زى هاهو وزن هاع يعنى خذ منه قوله تعالى هاؤم وتعاقب اقر وأخا به أى كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء فيتقايضان والعصر خطا انتهى وفى شرح مسلم للتو وى فيه لغتان المد والقصر والمد أفصح وأشهر وأصله هاء فابدلت الهجزة من الكاف ثم قال وغلط الخطا بغيره المحدثين فى رواية القصر وقالوا الصواب المد والفتح وليست بعلط بل هى صحيحة كاذ كرنا وان كانت قليلة (قوله وقد تقدم دلالة على الوجوب) أقول فى أوائل هذا الباب وهو قوله فان قبيل تقدير بيعا لوجب المبيع وهو مباح أحجب بان الوجوب مصر وف الى الصفة (قوله وهاء ممدود على وزن هاع ومعناه خذ) أقول فعنى الحديث والله تعالى أعلم بيعوا الغضة بالغضة فائلا كل منكم لصاحبه هاهو هاء وفيه بحث بل المعنى متقائدين هاهو هاء (قوله أى كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه الخ) أقول لوصف هذا التفسير يلزم ان يكون القبض شرطى فى غير الأثمان أيضا اذ لفظ هاهو هاء مذكور فى الخنطة بالخنطة والشعير بالشعير فليتنا مل (قوله المدلول عليهما) أقول يعنى ظاهرا (قوله وأما عنده فبالعكس) أقول فيه بحث فان القبض اذا كان شرطا عنده يكون التعيين أيضا كذلك اذ لا يوجد القبض الا وان يوجد التعيين فان قيل مراد الشرط بالتعيين من حيث دلالة الحديث قلنا انما هو أيضا ممنوع

فيحمل المختل على المحكم ولا يقال لمحكم العمل بعموم المشترك أو الجمع بين الحقيقة والمجاز لأنكم جعلتم يدا بيد بمعنى القبض في الصرف وبمعنى العين في بيع الطعام لأن قول جعلناه في الصرف بمعنى القبض لأن التعيين فيه لا يكون إلا بالقبض فهو في معنى العين في الحال كلها لكن تعين كل شيء بحسبه ونقض بانه لو كان بمعنى التعيين لما شرط القبض في إنا ذهب ببيع بانه مثله لئلا يلزم تعيين المعين فإن إنا يبيع بالتعيين عندكم لكن القبض شرط واجب بانه وان تعين لمكنه لما كان مخالفة كان فيه شبهة (١٦١) عدم التعيين والشبهة في الرأيا الحقيقة

فأشترط القبض دفعها

واعتبر بانه ما ذكرتم

انما هو على طريقكم

في ان الثمن لا يتعين وأما

الشافي فليس يقال به فلا

يكون ملزما والجواب انه

ذكره بطريق المبادئ

ههنا النبوة الدلائل الملزمة

على ما عرف في موضعه قوله

وتعاقب القبض جواب

عن قوله ولانه اذا لم يقبض

في المجلس وجهه المانع

تعاقب بعد تغاوت في المالية

عرفا كفي النقود والمؤجل

وما ذكرتم ليس كذلك لان

التجار لا يفتشون في المالية

بين المقبوض في المجلس

وغيره بعد ان يكون حالا

معينا قال (و يجوز بيع

البیضة بالبیضين الخ) ببيع

العددي المتقارب بحسبه

متفاضلا جائزا كانا

موجودين لانعدام المعيار

وان كان أحدهما نسيئة

لا يجوز لان الجنس بانفراده

بحرم النساء فان قيل الجوز

والبيض والقمر جعلت

أمثالا في ضمان المستهلك

فكيف يجوز بيع الواحد

بالاثنين أجب بان التماثل

في ذلك انما هو باصطلاح

وتعاقب القبض لا يعتبر تغاوت في المال عرفا بخلاف النقود والمؤجل قال (و يجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرة والجوز بالجوزين) لانعدام المعيار فلا يتحقق الرأوا الشافي بخلافه لوجود الطام على ماصر

يبدأ بدله واية أخرى عند مسلم عينا بعين واغتناف في مسلم سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن الذهب

بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والمخ بالمشاء وسواء عينا بعين فن زادو

ازداد فقد أرى وفيه قصة وقوله يقع التعاقب فيحصل التفاوت ممنوع بل هذا القدر مهدد لا يعذر زيادة ما لم

يذكر الاجل وقد استشكل بانه استدلال يبدأ على اشتراط التعاقب قبل الافتراق في الصرف ثم استدلال به هنا

على ان الشرط التعيين لا التعاقب فيكون تعيها للمشتراك أو الحقيقة في المجاز والجواب انه فسر هاهنا وهاء يبدأ

يبدأ وفسر يبدأ بالتعيين لرواية عينا بعين واستدلال به على التقابض في الصرف لا يفيقه لان في استدلال به

وهناك انما هو على التعيين أيضا لكن لما كان التعيين هناك بالتقابض يكون لا بغيره لما قلنا انما لا يتعين

الا بالقبض كان الاستدلال به عليه استدلالا عليه لكن ينبغي ان يقال حل يبدأ على معنى عينا بعين ليس

أولى من قلبه وأجيب عنه بان رواية عينا بعين تفسير للتعين لان يبدأ يحتمل معنيين فهي تفسير له ولي كان

المراد منه القبض لم يبق لقوله عينا بعين فائدة لانه يحصل بالقبض ضرورة فلو لم ان عينا بعين تفسير ليدأيد

القائل ان يدفعه بمنع الاحتمال بل هو ظاهر في التقابض ويجب ان يحتمل عينا بعين عليه لان

القبض أخص من التعيين وكل قبض يتضمن تعيينا وليس كل تعيين قبضا باب الر باب احتياط فيجب ان

تحمل العينية على القبض ويؤيده فهم عمر رضي الله عنه كذلك في الصحيحين ان مالك بن أوس اصطف من

طلحة بن عبيد الله صرافا بمائة دينار فأخذ طلحة الذهب يلقها في يده ثم قال حتى ياتي خازني من الغابة وعمر

يسمع ذلك فقال والله لا تغارقه حتى تأخذ منه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء

والبر بالبر والاهاء وهاء والشعير بالشعير والاهاء وهاء والتمر بالتمر ربا الا هاء وهاء وهذا استدلال ابن

الجوزي على اشتراط التقابض على أبي حنيفة وصلى الله عليه وكيف ومعنى هاء خذوه من أسماء الأفعال

ومنه هاؤم اقرؤا كتابيه وقال قائل تخرج لي من بغضها السقاء * ثم تقول من يعيد هاء

أما ما نقل من قياس الشافي على الصرف في اشتراط التقابض فدفع بان الاسم يني هناك عن صرف كل

الى الآخر ما في يده والمعاني الغفوية تغطف على الاسماء الشرعية وليس في الفرع ذلك الا انه لا حاجة له اليه

لان الدليل السمي على الوجه الذي قرناه يستقل بطاوبه (قوله ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة

بالتمرتين) الى آخره ومبنى ذلك سبق وهو ظاهر غير ان ذلك كلمة مشروط بكونه يبدأ أو هي من مسائل

آلة التعيين كما هو آلة القبض فلم كان حله على القبض أولى بل حله على هذا حق اساروى عبادة بن الصامت

عينا بعين فان قيل بعين هذا اللفظ أريد القبض في الصرف حتى لو افتراق قبل القبض بطل الصرف فكيف

يجوز ان يراد به التعيين في بيع الطعام قلنا بل اراد التعيين فيهما لأن التعيين في الصرف لا يكون الا بالقبض

فأشترط القبض للتعين لانه لم يختلف المراد (قوله وتعاقب القبض لا يعتبر تغاوت في المال عرفا) جواب

عن قول الخصم ولانه اذا لم يقبض في المجلس بتعاقب القبض يعني أن التجار لا يفصلون في المالية من المقبوض

(٢١ - (فخ القدير والسكافيه) - سادس) الناس على اهدار التفاوت فيجعل بذلك في حقهم وهو ضمان العدد وان

وأما الرأيا فهو حق الشارح فلا يعمل فيه باصطلاحهم فتعتبر الحقيقة تنو هي فيهما متفاوتة صغرا وكبرا وانما الشافي فيه لوجود الطام على ماصر

عنده (قوله ولا يقال لمحكم العمل بعموم المشترك الخ) أقول لا يقال فيه بحث فان عموم المشترك ارادة كلام معني المشترك من فقط واحد

وما نحن فيه ليس كذلك وكذا الكلام في الجمع بين الحقيقة والمجاز لأننا نسلم ان ما نحن فيه ليس كذلك الا يرى الى قوله عليه الصلاة والسلام

الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والمخ بالمشاء لا يبدل الحديث على ما ذكر في الكتب المبسوطة

قال (ويجوز بيع الفلاس بالفلسين باعيانها الخ) بيع الفلاس بنفسه متفاضلا على أوجه أر بعة يبيع فلس بغير عينه بفلسين بغير أعيانها وبيع فلس بعينه بفلسين بغير أعيانها وبيع فلس بعينه بفلسين باعيانها ما أو السكل فاسد سوى الوجه الرابع أما الأول فلان الفلاس الزاخرة أمثال متساوية قطع الاصطلاح الناس على اهدار قيمة الجوده منها فيكون أحد الفلاس فضلا خالبا عن العوض مشروطا في العقد وهو الرأب أو أما الثاني فلانه لو جاز أمسك البائع الفلاس المعين وطلب الآخر وهو فضل خال عن العوض وأما الثالث فلانه لو جاز قبض البائع الفلاسين ورد اليه أحدهما كان ما استوجب في ذمته فيبقى الآخر له بالعوض وأما الوجه الرابع فهو أنه أبو حنيفة وأبو يوسف رجعهما الله وقال محمد بن جهم لا يجوز لان الثمنية في الفلاس تثبت باصطلاح السكل وما ثبت باصطلاح السكل لا يبطل باصطلاحهما لعدم ولايتهما على غيرهما فثبت أنهما وهى لا تتعين بالاتفاق فلا فرق بينه وبين ما إذا كانا بغير أعيانها ما وصار كببيع الدرهم بالدرهمين وهذا يتبين ان الفلاس الراحة ما دامت رابحة لا تتعين بالتعيين حتى لو قوبلت بخلاف جنسها كما إذا اشترى ثوبا بفلاس معينة فها سكت قبل التسليم لم يبطل العقد كالذهب والفضة ولهما (١٦٢) ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية لغيرهما عليهما وما ثبت

قال (ويجوز بيع الفلاس بالفلسين باعيانها) عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز لان الثمنية تثبت باصطلاح السكل فلا تبطل باصطلاحهما وإذا بقيت أنما لا تتعين فصار كما إذا كانا بغير أعيانها وما وبيع الدرهم بالدرهمين ولهما ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية لغير عليهما فثبت باصطلاحهما وإذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين ولا يعود وزن البقاء الاصطلاح على العداد في نقضه في حق العد الجامع الصغير صورته فمحمدين يعقوب عن أبي حنيفة في بيع بيضة ببيضة وجوزة بجوزة وفلاس بفلسين وقرة بقرتين بدا ببد جازا إذا كان بعينه وليس كلاهما ولا أحدهما ينادي بصوره أر بعة ان يبيع فلسا بغير عينه بفلسين بغير أعيانها لا يجوز لان الفلاس الزاخرة أمثال متساوية قطع الاصطلاح الناس على سقوط قيمة الجوده منها فيكون أحدهما فضلا خالبا مشروطا في العقد وهو الرأب أو أما الثاني فلانه لو جاز أمسك البائع الفلاس المعين وطلب الآخر وهو فضل خال عن العوض وأما الثالث فلانه لو جاز قبض البائع الفلاسين ورد اليه أحدهما كان ما استوجب في ذمته فيبقى الآخر له بالعوض وأما الوجه الرابع فهو أنه أبو حنيفة وأبو يوسف رجعهما الله وقال محمد بن جهم لا يجوز لان الثمنية في الفلاس تثبت باصطلاح السكل وما ثبت باصطلاح السكل لا يبطل باصطلاحهما لعدم ولايتهما على غيرهما فثبت أنهما وهى لا تتعين بالاتفاق فلا فرق بينه وبين ما إذا كانا بغير أعيانها ما وصار كببيع الدرهم بالدرهمين وهذا يتبين ان الفلاس الراحة ما دامت رابحة لا تتعين بالتعيين حتى لو قوبلت بخلاف جنسها كما إذا اشترى ثوبا بفلاس معينة فها سكت قبل التسليم لم يبطل العقد كالذهب والفضة ولهما (١٦٢) ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية لغيرهما عليهما وما ثبت

باصطلاحهما ما في حقهما يبطل باصطلاحهما كذلك واعترض عليه بان اذا سكت بالاتفاق السكل لا تكون ثمنيا باصطلاح المتعاقدين فيجب أن لا تكون عرضا أيضا باصطلاحهما اذا كان السكل متعاقدا على ثمنيتها سواهما ما أوجب بان الاصل في الفلاس أن تكون عرضا فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد على خلاف الاصل فلا يجوز أن تكون ثمنيا باصطلاحهما لو قوبله على خلاف الاصل وأما ما إذا اصطلاحا على كونها عرضا كان ذلك على وفق الاصل فكان جائزا وان كان من سواهما متعاقدين على الثمنية وفيه نظر لانه ينافي قوله أن الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية لغيرهما عليهما ما يمكن أن يقال معناه ان الثمنية قبل الكساد تثبت باصطلاحهما أو بشرط فساد أن يكون من سواهما متعاقدين على الثمنية وإذا بطلت الثمنية فلهذا عرضا تتعين بالتعيين فان قبل اذا عادت عرضا عادت وزنية فكان يبيع فلس بفلسين ومن يبيع قطعة صغر فقطعتين وذلك لا يجوز اجاب المصنف رحمه الله بقوله ولا يعود وزن البقاء الاصطلاح على الواحد بالاثنتين أعرض عن اعتبار الثمنية دون العد حيث لم يرجعها الى الوزن ولم يكن العد ملازم الثمنية حتى ينتفى بانتفاء ما في معدودا واستدل على بقاء الاصطلاح في حق العد بقوله اذ في نقضه يعني الاصطلاح في حق العد فساد العقد وفيه نظر لانه مدعى الخضم ولو ضم الى ذلك الاصل حله على الصحة كأنه أن يقول الاصل حل العقد عليهما مطلقا وفي غير الرويات والاول ممنوع والثاني لا يعيد

قال المصنف (ويجوز بيع الفلاس بالفلاس باعيانها) أقول الضمير راجع الى البدلين (قوله أما الاول فلان الفلاس) أقول ولانه كائى بكالى (قوله واستدل على بقاء الاصطلاح الخ) أقول لك أن تقول ليس قصد المصنف بذلك الاستدلال بل المبالغ في السند (قوله والاول ممنوع الخ) أقول الظاهر انه لا مجال للمنع فان اجمع العقود هو الجلى على الصحة ما أمكن الجلى عليها جلالا لمور المسلمين على الصلاح وتحسينا للظن بهم ولا يخفى عليك امكان حله عليها فان الوزن ليس منصوصا عليه في النحاس والمتعارف في المسكوك مشترك تارة يكون بالعدو تارة بالوزن

قال المصنف (ويجوز بيع الفلاس بالفلاس باعيانها) أقول الضمير راجع الى البدلين (قوله أما الاول فلان الفلاس) أقول ولانه كائى بكالى (قوله واستدل على بقاء الاصطلاح الخ) أقول لك أن تقول ليس قصد المصنف بذلك الاستدلال بل المبالغ في السند (قوله والاول ممنوع الخ) أقول الظاهر انه لا مجال للمنع فان اجمع العقود هو الجلى على الصحة ما أمكن الجلى عليها جلالا لمور المسلمين على الصلاح وتحسينا للظن بهم ولا يخفى عليك امكان حله عليها فان الوزن ليس منصوصا عليه في النحاس والمتعارف في المسكوك مشترك تارة يكون بالعدو تارة بالوزن

(قوله فصار كالجوزة بالجوزتين) بيان لانفكاك العددي عن الثمنية وقوله (بخلاف النقود) جواب عن قوله كبيع الدرهم بالدرهمين لانها للثمنية خلقة لا اصطلاحا فلا تبطل باصطلاحهما وقوله (وبخلاف) جواب عما (١٦٣) قال كذا كان بغير أعينهما فان ذلك

لم يجزأ كونه كالتابكالي أي
نسبته بنسبته وهو منهي عنه
(قوله وبخلاف ما اذا كان
أحدهما بغير عينه) جواب
عن القسمين الباقيين لان
عدم الجواز ثمة باعتبار ان
الجنس بانفراده يحرم النساء
قال (ولا يجوز بيع الحنطة
بالدقيق) بيع الحنطة
بالدقيق أو بالسويق لا يجوز
منسوبا ولا متفاضلا لشبهة
الربا لانها مكيلة والمجانسة
باقية من وجه لانها ما أي
الدقيق والسويق من أجزاء
الحنطة لان الطعن لم يؤثر الا
في تغريق الاجزاء والمجتمع
لا يصير بالتغريق شيئا آخر
زانة من وجه لان اختلاف
الجنس باختلاف الاسم
والصورة والمعاني كما بين
الحنطة والشعير وقد زال
الاسم وهو ظاهر وتبدلت
الصورة واختلفت المعاني
فان ما يتبقى من الحنطة
لا يتبقى من الدقيق فانها تصلح
لاتخاذ الكسك والهرسة
وغيرهما دون الدقيق
والسويق وبالفضل بين
الحنطة والحنطة كانا بنا
قبل الطعن وبصبر ورنة
دقيقا زالت المجانسة من وجه
دون وجه فوقع الشك في
زواله والباقي لا يزول بالشك
فان قيل لا يتخلو ما ان يكون
الدقيق حنطة أولا والثاني

فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة وبخلاف ما اذا كانا بغير أعينهما
لانه كالتابكالي وقد نهى عنه وبخلاف ما اذا كان أحدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم النساء
قال (ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق) لان المجانسة باقية من وجه لانها من أجزاء الحنطة والمعيار
فيهما الكيل لكن الكيل غير مسو بينهما وبين الحنطة لا كتنازهما

قبض الثمن والرابع ان يبيع فلان بغيره بفلسين حينها فيجوز خلافها ومدواصله ان الفلاس لا يتعين بالعينين
مادام وانما عندئذ يمتد عندئذ يتعين حتى لو هلك أحدهما قبل القبض بطل العقد وجه قول محمدان الثمنية
ثبتت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما واذا بقيت اثما لا تتعين فصار كالتابكالي بغير عينهما وكبيع الدرهم
بالدرهمين وله ما ان ثمنها في حقهما ثبتت باصطلاحهما والا ولاية للغير عاينهما فبطل باصطلاحهما واذا
بطلت الثمنية تعينت بالعينين لصبر ورتبها عرضا اعترض عليه بان الفلاس اذا كسدت باصطلاح الكل لا
تكون ثمنها باصطلاح المتعاقدين فيجب أن لا تصير عرضا باصطلاح المتعاقدين مع اتفاق من سواها على ثمنها
أجيب بان الفلاس في الاصل عرض فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد كان على خلاف الاصل فلا يجوز
أن تصير ثمنها باصطلاحهما لوقوع اصطلاحهما على خلاف الاصل وبخلاف الناس وأما اذا اصطالحا على كونها
عرضا فهو على الاصل فيجوز وان كان من سواهما على الثمنية وقوله ولا يعود وزنا وان صار عرضا جواب
عما يقال يلزم أن لا يجوز بيع فلس بفلسين لانه حينئذ يبيع قطعة من جنس بقطعتين بغير وزن فاجاب بان
الاصطلاح كان على أمرين الثمنية والعددية واصطلاحهما على اهدار ثمنها لا يستلزم اهدار العددي فانه
لا يلزم من عدم الثمنية وعدم العددي بعد ثبوت الثمنية مع عدم العددي كالنقد والعددي مع عدم
الثمنية كالجوز والبيض بخلاف الدرهم بالدرهمين لان النقود للثمنية خلقة وبخلاف ما اذا كانا بغير عينهما
لانه يبيع السكالي بالسكالي وقد نهى عنه ولا يخفى ضعف قوله لان الجنس بانفراده يحرم النساء وانما يتم لو كان
كدين المبيع أو الثمن بغير عينه يستلزم النسبة وليس كذلك ألا ترى ان البيع بالتقديس بغير عين
ويكون مع ذلك خلافا لكونه بغير عينه ليس معناه نسبه وبخلاف ما اذا كان أحدهما بغير عينه لان الجنس
بانفراده يحرم النساء والسكالي بالسكالي قال أبو عبيدة هو النسبة بالنسبة وفي الفائق كلاً الدين بالرفع
كلاً فهو كالتابكالي اذا ناخو قال الشاعر * وعينه كالتابكالي الضمار * بهجور جلا برديع عطينة الحاضرة
كلنا آخر الذي لا يرجي ومنه كلاً الله بك كلاً العمر أي أكثر ما خيرا وتكلاً أي استنساآت نسبه
وحديث النهي عن السكالي بالسكالي رواه ابن أبي شيبة واسحق بن راهويه والبخاري في مسانيدهم من حديث
موسى بن عبيدة بن عبد الله بن دينار عن ابن عمر رضي الله عنهما قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يباع
كالتابكالي وضعفه أحمد بن موسى بن عبيدة فقيل له ان شعبة يروي عنه فقال للورأي شعبة ما رأينا من لم يرو عنه
ورواه عبد الرزاق عن ابراهيم بن أبي يحيى الاسلمى عن عبد الله بن دينار وضعفه بالاسلمى ورواه الحاكم
والدارقطني عن موسى بن عبيدة عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن غلطهما البهي وقال انما
هو موسى بن عبيدة الزبيدي ورواه الطبراني من حديث ارفع بن خديج في حديث طويل وعن كالتابكالي
والحديث لا ينزل عن الحسن بلا شك (قوله ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق) أي دقيقة باوجه من الوجوه (ولا
بالسويق) أي سويق الحنطة اما سويق الشعير فيجوز لان غاية ما يستلزم شبهة التفاضل وحقيقته جائزة

كالتابكالي ومعنى السكالي بالسكالي النسبة بالنسبة (قوله ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق) أي لا متساوبا ولا
متفاضلا بالسكالي وبغيره (قوله لان المجانسة باقية من وجه) لانها من أجزاء الحنطة لان الطعن لم يوجد

فليتأمل قال المصنف (لانه كالتابكالي وقد نهى عنه) أقول يروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن السكالي بالسكالي قال أبو عبيدة
هو النسبة بالنسبة وقال صاحب الفائق كلاً الدين كلاً فهو كالتابكالي اذا ناخو ومنه كلاً الله بك كلاً العمر أي أطوله وأشده تاخرا وكلاً
أي إنسانه وكلات في الطعام أي أسلفت قال المصنف (لانها من أجزاء الحنطة) أقول وانما يقل أجزاءها لان من أجزاءها الخالة أيضا

الثانية نفي ثوبهم جواز المساواة ونأخذ من الشيخ الامام أبي بكر محمد بن الفضل رحمه الله ان يبيع الدقيق بالدقيق اذا تساوى كيلا انما يجوز اذا كانا مكبوسين ولا يجوز ببيع الدقيق بالسويق عند أبي حنيفة متساويا ولا (١٦٥) متفاضلا لان الدقيق أجزاء حنطة غير

مقلية والسويق أجزاءها مقلية فكلما لا يجوز ببيع أجزاء بعض بالأجزاء لقيام المجانسة من وجه فكذا لا يجوز ببيع أجزاء بعض بأجزاء بعض آخر وعندهما يجوز لانهما جنسان لاختلاف المقصود اذ هو بالدقيق اتخاذ الخبز والعصائد ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق بل المقصود به ان يلت بالسمن أو العسل أو يشرب بالماء وكذلك الاسم واذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدابيد والجواب أن معظم المقصود وهو التغذي يشملهما وفوات البعض لا يضر كالمقلية بغير

فذلك كالنصرح يكون كيلاً تميزاً (قوله اقيام المجانسة من وجه) أقول مع انقضاء المسوى (قوله بأجزاء بعض آخر) أقول لذلك أيضاً (قوله لانهما جنسان لاختلاف المقصود) أقول لا يقال اختلاف المقاصد حاصل في الحنطة مع الدقيق مع انهما جعلاهما متحدي الجنس من وجه اذا المسئلة اتفاقية فبالهما هاتم يجمع للدقيق والسويق كذلك لان الحنطة اذا قلت صارت بالقي كأنها جنس آخر لاختلاف المقاصد

الشرط (و ببيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند أبي حنيفة متفاضلا ولا متساويا لانه لا يجوز ببيع الدقيق بالمقلية ولا ببيع السويق بالحنطة فكذا يبيع أجزاءهما اقيام المجانسة من وجه وعندهما يجوز لانهم جنسان مختلفان لاختلاف المقصود

استقرضه كدلا والسلم فيه كدلا ومع الشاهد يبيع الدقيق بالدقيق لانه لا يعتدل في الكيل لانه يتكيس بالكيس فلا يصدق التساوي في الكيل ونحن نمنع كونه لا يعلم بل يعلم وما يتوهم من التغاوت بالكيس يتوهم مثله في كيل القمح وقد سقط اعتباره وفي الذخيرة عن الامام الفضلي انما يجوز اذا تساوى كيلا اذا كانا مكبوسين وهو حسن ولفظا متساويا نصب على الحال ونصب كدلا على التمييز وهو تمييز نسبة مثل تصب عرقا والاصل متساويا كدله وفي بيع الدقيق بالدقيق وزار وايتان وفي الخلاصة لم يذكر غير رواية المنع فقال في جنس آخر في الزرع والثمار وكذا يبيع الدقيق بالدقيق وزلا لا يجوز وفيها أيضا سواء كان أحد الدقيقين أحسن أو أدق وكذا يبيع الخالة بالخالة وفي شرح أبي نصر يجوز ببيع الدقيق بالدقيق اذا كانا على صفة واحدة من النعومة والذي في الخلاصة أحسن لاهدا وذلك القدر من زيادة النعومة ببيع الدقيق المتحول بغير المتحول لا يجوز الامساك لا ببيع الخالة بالدقيق يجوز بطريق الاعتبار عند أبي يوسف بان كانت الخالة الخاصة أكثر من الخالة التي في الدقيق ثم قال المصنف (و ببيع الدقيق بالسويق لا يجوز) أي لا يجوز ببيع دقيق نوع من الحنطة أو الشعير يسوي ذلك النوع عند أبي حنيفة متفاضلا ولا تساويا أما دقيق الحنطة يسوي الشعير وعكسه فلا شك في جوازه (وعندهما يجوز) ببيع الدقيق بالسويق متساويا ومتفاضلا (لانهما) أي دقيق الحنطة وسويهما مثلا (جنسان) وان رجعا إلى أصل واحد (لاختلاف المقصود) اختلافا كثيرا بعد القلي والطحن فان المقاصد من الدقيق مثل أن يصنع خبزا أو عصيدا أو طرية وهو شبه الرشتا لا يتأتى من السويق كما انما يقصد بالسويق وهو أن يذاب مع عسل ويشرب أو يلت بسمن وعسل ويؤكل لا يتأتى من الدقيق واذا كانا جنسين جاز ببيع أحدهما بالأخر متساويا ومتفاضلا أبو حنيفة يمنع انهما جنسان وله طريقان أحدهما أن يبيع الحنطة المقلية بالحنطة غير المقلية لا يجوز اتفاقا ولا ليس الاعتبار اتحاد الجنس وعدم العلم بالتساوي مع مساواة الكيل لاكتناز أحدهما فيه دون الآخر والدقيق أجزاء غير المقلية والسويق أجزاء المقلية ولم يزد الدقيق على الحنطة الا بتكيسه به بالطحن وكذا الآخر وذلك لا يوجب اختلاف الجنس بعد اتحادهما والثاني وعليه اقتصر المصنف أن يبيع الحنطة غير المقلية بالسويق لا يجوز وكذا يبيع الحنطة المقلية بالدقيق وليس ذلك الا لاستلزامه بالفضل ور بالفضل لا يثبت الجمع المجانسة فكانت المجانسة ثابتة بين السويق والحنطة والدقيق أجزاء الحنطة فتثبت المجانسة بين الدقيق والسويق ثم يمنع العلم

تساويا كيلا انما يجوز اذا كانا مكبوسين كذا في الذخيرة (قوله و ببيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله) إلى قوله اقيام المجانسة من وجه اذا السويق أجزاء حنطة مقلية والدقيق أجزاء حنطة غير مقلية و ببيع الحنطة المقلية بغير المقلية لا يصح بحال فكذا يبيع الدقيق بالسويق ولهذا لا يجوز ببيع المقلية بالدقيق ولا ببيع الحنطة بالسويق فكذا يبيع أجزاءهما بل هذا أحق لتوفر المجانسة هنا وعندهما لا يجوز لانهم جنسان مختلفان لاختلاف المقصود اذ يقصد بالدقيق اتخاذ الخبز والعصيدة والاطرية ونحوها ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق وانما يلت بالسمن أو بالعسل فيؤكل كذلك أو يشرب بالماء وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجوز ببيع متساويا بالمتفاضلا لان الدقيق قد يرسو يقابان يرس عليه الماء ثم يغلى فيصير

واذا فرقت الأجزاء بصير المتفرق غير المجمع أيضا من وجه ففي الحنطة مع الدقيق سبب الاختلاف من وجه حاصل مرة وفي الدقيق مع السويق مرتين فافترقا فليتأمل

فلنمطع المقصود وهو التغذي يشمله ما لا يبالى بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالسوسة
قال (ويجوز بيع اللحم بالحيوان) عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد إذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز إلا
إذا كان اللحم المفروزاً كثيراً ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك يتحقق
الرأ

بالمساواة فيمنع البيع مطلقاً قولهم اختلفت المقاصد وذلك اختلاف الجنس (فلنا أعظم المقاصد) هي
مقصدة فيه (وهو التغذي فلا يبالى بفوات بعضها) الذي هو دون المقصد الأعظم بدليل الحكم باتحاد الجنس
في الحنطة المقلية وغير المقلية حتى امتنع بيع أحدهما بالآخر كما ذكرناه بسبب اتحادهما في ذلك المقصود
الأعظم مع فوات مادونه من المقاصد فان المقلية لا تصلح للزراعة ولا للهريسة ولا تطحن فيتخذ منها خبز (و) كذا
(العلكة) أي الحبيدة السائلة من السوس (مع السوسة) ومع ذلك جعل الجنس الواحد إذا غيران المسوسة بجوز
بيعها بالعلكة كبقية مساو أو المقلية مع غير المقلية لا يجوز لما ذكرنا من أن السكيل لا يسوي بينهما ما يبيع
الحنطة المقلية بالمقلية فاختلوا قيل يجوز إذا تساوا أو زاد ذكره في الذخيرة وقيل لا وعليه عول في المبسوط
ووجهه أن النار قد تأخذ في أحدهما أكثر من الآخر والاول أولى ومسوسة بكسر الواو كأنها هي سوست
أي أدخلت السوس فيها (قوله ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند أبي حنيفة وأبي يوسف) سواء كان اللحم من
جنس ذلك الحيوان أو لا مساو بالما في الحيوان أو لا بشرط التعيين أما بالنسبة فلا امتناع السلم في الحيوان
واللحم وفصل محمد رحمه الله فقال إن باعه بلحم غير جنسه كالحم البقرة بالشاة الحية ولحم الجوز بالبقرة
الحية يجوز كيفما كان وان كان من جنسه كالحم شاة بشاة حية فشرطه أنه يكون اللحم المقرراً أكثر من
اللحم الذي في الشاة ليكون لحم الشاة بمقابلة مثله من اللحم وباقي اللحم (بمقابلة السقط اذ لو لم يكن
كذلك يتحقق الرأ) أما زيادة السقط ان كان اللحم المفروز مثلاً ما في الحيوان من اللحم أو لزيادة
اللحم ان كان اللحم أقل ما في الشاة فنصار كبيع الحل بالمهمل وهو دهن السمسم لا يجوز إلا على ذلك
الاعتبار والمراد بالسقط ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالكرش والمعلق والجلد والارعار ولو كانت
الشاة مذبوحة مسلوخة جاز إذا تساوا أو زاد بالاجماع والمراد بالمسلوخة المفصلة من السقط وان
كانت بسقطها لا يجوز إلا على الاعتبار ولو باع شاة مذبوحة بشاة حية يجوز وعند السكك أماعندهما فظاهر

سوي يقابعدا يتخذ السويق بهذه الصفة فيعتبر المساواة بينهما لجواز العقد باعتبار المال (قوله فلنمطع
المقصود وهو التغذي يشمله ما لا يبالى بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالسوسة فلا يصلح
للزراعة والهريسة وذلك لا يوجب اختلاف الجنس فكذلك الدقيق مع السويق إلا أن يبيع الحنطة المقلية بغير
المقلية لا يصح في الأصح لعدم المساوي بينهما فان المقلية لا تعدل بالدخول في السكيل لا تتفاخ يحدث فيها بالغلي
إذا قلت وطبقة أو ضمور إذا قلت بسوسة وهذا التفاوت معتبر لانه يصنع العباد بخلاف التفاوت بين العلكة
والمسوسة لانه باق فتهماوية لا يمكن التحرز عنه وبيع العلكة بالمسوسة يصح لو جود المساوي بينهما حنطة
علكة أي تتلجج كالعلاب من جودتها واصلتها التلجج التمدد من غير انقطاع المسوسة بكسر الواو والمشددة
التي وقع فيها السوسة وهي دودة تقع في الصوف والياب والطعام وفي الذخيرة وأما بيع المقلية بالمقلية
فيجوز إذا تساوا أو كليلان المجاسة بينهما فاعتمد كل وجهه ذكر في المبسوط أنه لا يجوز كذا في النهاية
(قوله بلحم من جنسه) بأن باع لحم الشاة بالشاة الحية) وإنما قيد بلحم من جنسه لانهما لو كانا مختلفين بأن
باع لحم البقر بالشاة أو ما أشبهه يجوز ما ذتفاق من غير اعتبار بالقل والكثرة كما يبيع اللحمان المختلفة على
ما يبيح هذا إذا كانت الشاة حية أما إذا كانت مذبوحة فغير مسلوخة لا يجوز إلا على سبيل الاعتبار بالاتفاق
وان كانت مسلوخة مفصلة عن السقط جاز إذا تساوا أو زاد بالافلا وسقط المتاع وذال وأراد به هنا ما لا يطلق

المقلية (والعلكة بالسوسة) التي أكلها السوس والمقلية هي المشوية من قلى يلقى إذا شوى ويجوز مقولة من فلا يقولوا العلكة هي الحبيدة التي تكون كالعلك من صلابتها تمتد من غير انقطاع والسوسة العثة وهي دودة تقع في الصوف والياب والطعام ومنه حنطة مسوسة بكسر الواو المشددة قال (ويجوز بيع اللحم بالحيوان) يبيع اللحم بالحيوان على وجهه منهما إذا باعه بغير حيوان من غير جنسه كما إذا باع لحم البقرة بالشاة مثلاً وهو جائز بالاتفاق من غير اعتبار الأقل والكثرة كفاي اللحمان المختلفة على ما تبين ومنها ما إذا باعه الحيوان من جنسه كما إذا باع لحم الشاة بالشاة لكنهما مذبوحة مفصلة عن السقط وهو جائز بالاتفاق ان كانا متساويين في الوزن والافلا ومنها ما إذا باعه بجنسه مذبوحاً غير مفصول عن السقط وهو لا يجوز إلا أن يكون اللحم المفصول أكثر وهو أيضاً بالاتفاق ومنها ما إذا باعه بجنسهما وهو مسألة الكتاب وهو جائز عند محمد (الا إذا كان اللحم المفروزاً كثيراً ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك لنتحقق الرأ)

اما (من حيث زيادة السقط أو من حيث زيادة اللحم) والقياس معلوم وجود الجنسية باعتبار ما في الضمن: فصار كالحل أي الشيزج (بالسمسم
ولهما أنه باع الموزون بما ليس بموزون) لأن اللحم موزون لا بحالته والحويان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله ونخفته بالوزن لأنه يخف نفسه
مرة ويثقل أخرى يضرب قوة فيه فلا يدري أن الشاة خففت نفسها أو ثقلت بخلاف مسألة الحل بالسمسم لأن الوزن في الحال يعرف قدر الدهن
إذا ميز بينهما وبين الشيزج يوزن الشيزج وهو ثقله وهذا في الحقيقة جواب عما يقال (١٦٧) أن السمسم لا يوزن عادة كالحويان
فقال لكن يمكن معرفته

بالوزن ولا كذلك الحويان
والذي يظهر من ذلك أن
الوزن يشمل الحل والسمسم

عند التمييز بين الدهن
والشيزج ولا يشمل اللحم
والحويان بحال وهذا لأن
الحل والسمسم يوزنان ثم
ميز الشيزج ويوزن فيعرف
قدر الحل من السمسم
والحويان لا يوزن في الابتداء
حتى إذا ذبح وزن السقط

وهو لا يطلق عليه اسم
اللحم كالجلد والسكرش
والامعاء وغيرها يعرف به
قدر اللحم فكان بيع اللحم
به يبيع موزون بما ليس
بموزون وفي ذلك اختلاف

الجنسين أيضا فان اللحم
غير حساس والحويان
حساس مفترق بالارادة
والبيع فيه جاز متفاضلا
بعد أن يكون بدايات فان
قبل إذا اختلف الجنسان ولم
يشملهما الوزن جاز البيع
نسبته وليس كذلك أجيب

بأن النسبته ان كانت في
الشاة الحية فهو سلم في الحويان
وان كانت في البدل الآخر
فهو سلم في اللحم وكلاهما

(قوله والذي يظهر من ذلك
ان الوزن يشمل الحل الخ)

أقول أي وزن السمسم في الحال عند المبايعة يشمل أي يظهر شؤله أيهما عند التمييز (قوله وهذا لأن الحل والسمسم يوزنان الخ) أقول يعني
بوزن الحل الذي جعل مبيعا فيعلم مقداره ويوزن السمسم الذي جعل في مقابلته ويعلم قدره أيضا فينثني فيخرج الدهن من السمسم فيوزن
الشيزج فيعلم مقدار الشيزج يعرف قدر الحل المستخرج من غير احتياج الى وزنه ثانيا بل يكفي الوزن الاول للسمسم لتلك المعرفة ففعل المراد من
تعريف الوزن إياه في الحال هو هذا (قوله وفي ذلك اختلاف الجنسين أيضا الخ) أقول هذا طريق آخر لهما لإثبات مدعاهما

من حيث زيادة السقط أو من حيث زيادة اللحم فصار كالحل بالسمسم وله ما أنه باع الموزون بما ليس
بموزون لأن الحويان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لأنه يخف نفسه مرة بصلابته ويثقل
أخرى بخلاف تلك المسألة لأن الوزن في الحال يعرف قدر الدهن إذا ميز بينهما وبين الشيزج ويوزن الشيزج

لأنه لو اشتراها باللحم جاز كما كان فكذلك إذا اشتراها بشاة مذبوحة وأعلى قول محمد فأنما يجوز لأنه لحم اللحم
وزيادة اللحم في أحدهما مع سقطها بآراء السقط وعلى هذا شأن مذبوحتان غير مسلوختين بشاة
مذبوحة لم تسليح يجوز لأن اللحم عظمه وزيادة لحم الشاة بآراء الجلود ونحوه فالمراد هنا من المسلوخة وغيرها
باعتبار الجلد وعدمه وقال مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله لا يجوز بيع اللحم بالحويان أصلا لا بطريق
الاعتبار ولا غيره خلافا للمزني من أصحاب الشافعي فإنه قال كقول أبي حنيفة وأبي يوسف ولو باعه اللحم غير
جنسه كالحم البقرة بشاة فقال مالك وأحمد يجوز وللشافعي قولان والأصح لا يصح لعموم نهيه صلى الله عليه
وسلم عن بيع اللحم بالحويان وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في الإطلاق (أنه باع موزون بما
ليس بموزون) فغاية اتحاد الجنس كما قال محمد باعتبار ما في الضمن كالعصير مع العنب واللبن مع اللبن لكن
اتحاده مع اختلاف المقدار به انما يمنع به النساء فقلنا بشرط التعيين ولا يجوز النساء فيسهل وانما قلنا ان
الحويان ليس بموزون (لأنه لا يوزن عادة) فليس فيه أحد المقدارين الشرعيين الوزن أو السكيل لأن
الحويان لا يعرف قدر ثقله بالوزن لأنه ينقل نفسه ويخففها فلا يدري حاله بخلاف الدهن والسمسم (لأن
الوزن يعرف قدر الدهن إذا ميز من الشيزج ثم يوزن الشيزج) هذا على النزول والأفهام على ما قال غير المصنف
يغيبان لحم الشاة الحية جنسين أخذ من قوله تعالى فكسونا الأعظام لحما ثم أنشأناه خلقا آخر
أي بعد نفخ الروح فعلم أن الحي مع الجسد جنسان فيجوز بيع أحدهما بالآخر من غير اعتبار وانما امتنع
النساء لأنه حيث نذسلم وهو لا يجوز كما قدمناه وأعلم أن السمع ظاهر في منع بيع اللحم بالحويان ومنه ضعيف
وقوى من القوى ما رواه مالك في الموطأ وأبو داود في المراسيل عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب نهى
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحويان وفي لفظ نهى عن بيع الحي بالميت ومروى عن سعيد مقبول
بالاتفاق وقال ابن خزيمة حدثنا أحمد بن حنبل السلمي حدثني أبي حدثني إبراهيم بن طهمان عن الحجاج بن
حجاج عن قتادة عن الحسن بن سبرة نحوه قال البيهقي اسنده صحيح ومن أثبت سمع الحسن من سبرة عده
موصولا ومن لم يثبت فهو مروى عن سعيد وأنت تعلم أن المرسل عندنا نحوه مما لا أقول أسند الشافعي إلى رجل مجهول
من أهل المدينة نهى صلى الله عليه وسلم نهى أن يباع حي ميت وأسند أيضا عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه

عليه اسم اللحم من الشاة كالجلد والسكرش والامعاء والطحال (قوله من حيث زيادة السقط) بأن قول
اللحم باللحم أو من حيث زيادة اللحم بأن قول اللحم بالسقط (قوله وصار كالحل بالسمسم) أي كبيع دهن
السمسم بالسمسم فإنه لا يصح الا بطريق الاعتبار بل أولى لأن اللحم في الشاة أبين من الدهن في السمسم لأنه قائم
بعمنه ولكنه يختلط بغيره من الجلود والشحم والدهن ليس بقائم وانما يحدث بالعصر فلما ثبت الربابين الدهن
والسمسم لأن يثبت هنا أولى (قوله لأنه يخفف نفسه مرة بصلابته ويثقل أخرى) لاسترخاء مفاصله والميت
لا استرخاء مفاصله أثقل من الحي والنساء لاسترخائهن أثقل من الرجال لصلابتهن (قوله بخلاف تلك المسألة)

أقول أي وزن السمسم في الحال عند المبايعة يشمل أي يظهر شؤله أيهما عند التمييز (قوله وهذا لأن الحل والسمسم يوزنان الخ) أقول يعني
بوزن الحل الذي جعل مبيعا فيعلم مقداره ويوزن السمسم الذي جعل في مقابلته ويعلم قدره أيضا فينثني فيخرج الدهن من السمسم فيوزن
الشيزج فيعلم مقدار الشيزج يعرف قدر الحل المستخرج من غير احتياج الى وزنه ثانيا بل يكفي الوزن الاول للسمسم لتلك المعرفة ففعل المراد من
تعريف الوزن إياه في الحال هو هذا (قوله وفي ذلك اختلاف الجنسين أيضا الخ) أقول هذا طريق آخر لهما لإثبات مدعاهما

لا يجوز (قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً) (بيع الرطب بالتمر متفاضلاً لا يجوز بالاجماع ومثلاً بمثل جوزة أبو حنيفة خاصة) (وقال لا يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث سعد بن أبي وقاص حين سئل عن بيع الرطب بالتمر) (وقال) (أينقص اذا جف فقبل نعم قال لا اذا) (أى لا يجوز على تقدير النقصان بالجفاف وفيه اشارة الى (١٦٨) اشتراط المماثلة في أعدل الاحوال وهو ما بعد الجفاف وبالكيل في الحال لا يعلم ذلك

قال (و يجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً بمثل عند أبي حنيفة) (وقال لا يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام حين سئل عنه أو ينقص اذا جف فقبل نعم فقال عليه الصلاة والسلام لا اذا اوله الرطب ثم لقوله عليه الصلاة والسلام حين أهدى اليمر رطب أو كل ثم خبير هكذا مما عمار أو يسم التمر بمثله جائزاً أو يئنا ولو كان تمراً

أنه نهي عن بيع اللحم بالخياض وبسندته الى القاسم بن محمد وعروة بن الزبير وأبي بكر بن عبد الرحمن أنهم كرهوا ذلك وهو لا تابعون وحديث أبي بكر رضي الله عنه له بالمعنى فان مشايخنا ذكروه عن ابن عباس رضي الله عنهما أن خروا نحو علي عهده رسول الله صلى الله عليه وسلم لواء عرابي بعناقه فقال اعطوني بهذا العناق لما فقال أبو بكر رضي الله عنه لا يصح هذا وناوله على أنه كان من ابل الصدقة فخر لي تصديق به (قوله) (و يجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً بمثل عند أبي حنيفة) (وقال أبو يوسف ومحمد ومالك والشافعي وأحمد وجههم الله لا يجوز فقد تغرد أبو حنيفة بالقول بالجواز وأد الرطب بالرطب فيجوز عندنا كيداً متمماً لئلا للجماعة قوله صلى الله عليه وسلم فيمار وي مالاً في الموطأ عن عبد الله بن يزيد مولى الأسود بن سفيان عن زيد بن عياش عن سعد بن أبي وقاص أنه سئل عن البضاء بالسل فقال سعد أيهما أفضل قال البضاء فنهاه عن ذلك وقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسئل عن شراء التمر بالرطب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أينقص الرطب اذا جف قال نعم فنهاه عن ذلك فهذا حكم منبه فيه على علته وهو كونه ينقص في أحد البدلين في ثانی الحال عن المساواة ومن طريق مالك رواه أصحاب السنن الاربعة وقال الترمذي حديث حسن صحيح (ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الرطب ثم لقوله صلى الله عليه وسلم حين أهدى له رطب أو كل ثم خبير هكذا قسمه) (أى سمي الرطب (تمراً) وهذا انما يتم اذا كان المهدى رطباً وليس كذلك بل كما تخرج الشبخان في الصحيحين عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث أتابين عدى الانصارى رضي الله عنه فاستعمله على خبير فقدم بهم جنين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل ثم خبير عكدا فقال لا والله يا رسول الله انالناخذ الصاع من هذا بالصاعين من الجع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تفعلوا ولكن مثلاً بمثل أو بيعوا هذا واشتروا بثمنه من هذا وكذلك الميزان وللفظ آخرنا لناخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال لا تفعل بيع الجع بالدرهم ثم ابتاع بالدرهم جنيناً والجع أصناف بمجموعة من التمر وما ادعاه بعض الخلافين فبين حلف لا يأكل ثمراً فكل رطباً به بحث فليس كذلك بل المذهب أنه لا بحث لان مبناها على العرف وسند كثر تمامه ثم قال المصنف (ولانه ان كان تمراً) هذا اللفظ يحكى عن أبي حنيفة أنه دخل بغداد وكانوا أشد اعلاءه لمخالفة الخبير فسالوه عن التمر فقال الرطب اما أن يكون تمراً أو لم

(قوله فقال عليه الصلاة والسلام) هو الدليل ولا يحنيفة المنقول والمعقول أما الاول فلانه صلى الله عليه وسلم سمي الرطب تمراً حين أهدى رطباً فقال أو كل ثم خبير هكذا وبيع التمر بمثله جائزاً لا وبينان الحديث المشهور وأما المعقول فمأروى أن أبا حنيفة رحمه الله لما دخل بغداد سئل عن هذه المسئلة وكانوا أشد اعلاءه لمخالفة الخبر فاحتج بان الرطب لا يتخلوا ما أن يكون تمراً أو لا فان كان تمراً جاز العقد باول الحديث يعنى قوله التمر بالتمر وان لم يكن جاز بقوله اذا اختلف النوعان فيبيعوا كيف شئتم فأورد عليه حديث سعد فقال هذا الحديث دار على زيد بن عياش وهو ضعيف في النقلة واستحسن أهل الحديث منه هذا الطعن سلماً قوته في الحديث لكنه خبر واحد لا يعارض به المشهور واعترض بان التردد المذكور يقتضى جواز بيع المقلية بغير المقلية لان المقلية اما أن تكون حنطة فيجوز باول الحديث أو لا فيجوز بالآخر فنهى من قال ذلك كلام حسن في

أى بيع الخل بالسهم لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الشجيرة ووزن الشجيرة فيكون حينئذ بيع الموزون بموزون من جنسه فلا يجوز الامع التساوى وذلك مجهور والنهي عن بيع اللحم بالخياض فيما اذا كان أحدهما منسبته كاذ كرمقيدابه في رواية وبه نقول (قوله لا اذا) (أى لا يجوز اذا كان ينقص عند الجفوف وهذا اشارة الى أنه بشرط لجواز العقد المماثلة في أعدل الاحوال وهو ما بعد الجفوف ولا يعرف ذلك بالمساواة بالكيل في الحال واعتبار المماثلة في أعدل الاحوال صحيح كما في بيع الحنطة بالذيق فانه لا يجوز لتفاوت بينهما بعد الطحن (قوله ولا نوله) كان تمراً الى آخره) فان قيل فما النظر الى هذا التردد ينبغي أن يجوز بيع الحنطة المقلية بغير المقلية لان المقلية لا يتخلوا اما ان كانت حنطة أو لم تكن فان كانت حنطة يجوز بيعها بالحنطة لقوله عليه السلام الحنطة بالحنطة وان لم تكن حنطة يجوز أيضاً لقوله

المناطرة لدفع شغب الخصم والحجة لا تتم به بل بما بيننا من اطلاق اسم التمر عليه فقد ثبت أن التمر اسم لثمرة خارجة جاز

(قوله لا اذا) أقول مع قول لقوله عليه الصلاة والسلام (قوله فأورد عليه حديث سعيد) أقول الظاهر أن يقال سعد (قوله من اطلاق اسم التمر عليه) أقول أى أهم التمر

من النخل من حيث تنعقد صورته الى أن تذركه والرطب اسم لنوع ومنه كالبخري وغيره ويجوز أن يقال انه حنطة (قوله فيجوز بأول الحديث) قلنا انما جاز أن لو ثبتت المماثلة بينهما كيلا ولا تثبت لما قبل ان القسلي صنعة يغرم عليها الاعراض فصار كمن باع قفصا بغيره ودرهم لا يقال ذلك راجع الى التفاوت في الصفة وهو ساقط كالجودة لان التفاوت الراجع الى صنع الله ساقط بالحديث وأما الراجع الى صنع العباد فمعتبر بدليل اعتباره بين النقد والنسيئة فكل تفاوت ينشأ على صنع العباد فهو مفسد كما في المقابلة بغيرها والحنطة بالدقيق وكل تفاوت خلقي فهو ساقط العبرة كفي الرطب والتبر والجيد والردى والعنب بالزبيب على هذا الخلاف بالوجه المذكور ولعله عبر بالخلاف دون الاختلاف اشارة الى قوة دليل أبي حنيفة رحمه الله

(قوله ولعله عبر بالخلاف دون الاختلاف) أقول الفسق بسين الحلاف والاختلاف سبق في باب الوعد الذي يوجب الحسد والذي لا يوجب

جاز البيع بأول الحديث وان كان غير مقرر فما آخروه وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف النوعان فيبيعوا كيف شئتم ومداماروا به على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة

يكن فان كان تمرا جاز العقد عليه لقوله صلى الله عليه وسلم بالتمر وان لم يكن جاز لقوله صلى الله عليه وسلم هذا اختلف النوعان فيبيعوا كيف شئتم فاورد عليه الحديث فقال هذا الحديث دائر على زيد بن عياش وزيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه وأيداه المصنف بقوله ضعيف (عند النقلة) وغلط بعض الشارحين المصنف في قوله زيد بن عياش فان المذكور في كتب الحديث زيد أبو عياش وتسع في ذلك الشيخ علاء الدين مغلاطاي قال الامام الزيلعي المخرج رحمه الله ليس ذلك بصحيح قال صاحب التفتيح زيد بن عياش أبو عياش الدورقي ويقال المخزومي ويقال مولى بني زهرة المدني ليس به باس وغيره مشايخنا ذكرنا أن أبو حنيفة انما قال هو مجهول وقد رتد زبده بين كونه تمرا أو لابان هنا قسمائنا وهو كونه من الجنس ولا يجوز بيعه بآخر كالحنطة المقلية بغير المقلية لعدم نسوية السكيل بينهما فكذا الرطب بالتمر لا يسويهما السكيل وانما يسوي في حال اعتدال البدن وهو أن يجف الآخر وأبو حنيفة تمنعه ويعتبر التساوي حال العقد وعرض النقص بعد ذلك لا يمنع مع المساواة في الحال اذا كان موجبها أمر اخفيا وهو زيادة الرطوبة بخلاف المقلية بغيرها فانما في الحال تحكم بعدم التساوي لا كتنازأ أحدهما في السكيل بخلاف الآخر لثقل كثير ورد طعنة في أبي عياش أيضا انه ثقة كما نقلنا آثام من قول صاحب التفتيح وأيضا روى عنه مالك في الموطأ وهو لا يروي عن رجل مجهول وقال المنذري كيف يكون مجهولا وقد روى عنه ثمان ثقتان عبد الله بن زيد مولى الأسود بن سفيان وعمران بن أبي أنس وهما ممن احتج بهم مسلم في صحيحه وقد عرفه أئمة هذا الشأن وقد أخرجه حديثه مالك في الموطأ مع شدة تحريمه في الرجال وقال ابن الجوزي في التحقيق قال الامام أبو حنيفة زيد بن عياش مجهول فان كان هو لم يعرفه فقد عرفه أئمة النقل ثم ذكر ما ذكرنا وقد أحجب أيضا بانه بتقدير صحة السند فالمراد ان النسيئة عنه نسيئة فانه ثبت في حديث أبي عياش هذا زيادة نسيئة أخرجه أبو داود في سننه عن يحيى بن أبي كثير عن عبد الله بن زيد أن أبا عياش أخبره أنه سمع سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه يقول نسي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع التمر بالرطب نسيته وهذا اللفظ رواه الحاكم وسكت عنه وكذا رواه الطحاوي في شرح الآثار ورواه الدارقطني وقال اجتماع هؤلاء الاربع على خلاف ما رواه ابن أبي كثير يدل على ضبطهم للحديث يريد بالاربع ما لا يسمعون من أبي أمية والصحابة بن عثمان وآخرون تعلم أن بعد صحة هذه الزيادة يجب قبوله لان المذهب المختار عند المحدثين قبول الزيادة وان كان الاكثر لم يوردها الا في زيادة تغريدها بعض الرواة الحاضر بن في مجلس واحد ومثلهم لا يغفل من مثلها فانها مردودة على ما كتبناه في تحرير الأصول وما نحن فيه لم يثبت أنه زيادة لما في مجلس واحد اجتمعوا فيه فسمع هذا ما لم يسمع المشاركون له في ذلك المجلس بالسمع فسلم يظهر أن الحال كذلك فلا يصل انه قاله في مجلس ذكر في بعضها ما تركه في آخر والله الموفق لكن يبقى قوله في تلك الرواية الصحيحة أنه ينقص الرطب اذا جف عريا عن الفائدة اذا كان النسيئة عنه نسيته وما ذكرنا أن فائدته أن الرطب ينقص الى أن يعمل الاجل فلا يكون في هذا التصرف منفعة للبيتم باعتبار النقصان عند الجف ففمنعه على طريق الاشفاق مبنى على أن السائل كان

عليه السلام اذا اختلف النوعان فيبيعوا كيف شئتم قلنا هذا جواب جدلي لاجل دفع الخصم أما الجواب لابي حنيفة رحمه الله عن قوله أو ينقص اذا جف فاطلاق النبي عليه السلام اسم التمر على الرطب وذكر في المبسوط ودخل أبو حنيفة رحمه الله بغداد فاستل عن هذه المسئلة وكانوا شديد عليه لغاية الخبر فقال الرطب لا يخلو اما أن يكون تمرا أو لم يكن فان كان تمرا جاز العقد عليه لقوله عليه السلام التمر بالتمر وان لم يكن تمرا جاز العقد أيضا لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فيبيعوا كيف شئتم فاورد عليه حديث سعد قال هذا الحديث دائر على

(وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالخطئة المقلية بغيرها) وهذه الرواية تقوى قول من قال الخجة انما تتم باطلاق اسم التمر عليه فان النص لما ورد باطلاق اسم التمر على الرطب فعلا (١٧٠) نوعا واحدا فجاز البيع مثلا يمثله ويرد له باطلاق اسم العنب على الزبيب فاعتبر فيه

التفاوت الصنعي المفسد كما في المقلية بغيرها والرطب بالرطب يجوز ممتثلا كمالا أي من حيث الكيل عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لانه روي يتفاوت في اعدل الاحوال أعني عند الجفاف فلا يجوز بالخطئة بالحق ولنا أنه يسع التمر بالتمر متساوفا كان جازا وكذلك يسع الخطئة الرطبة بالخطئة الرطبة أو الخطئة المبلولة بالمبلولة أو الخطئة الرطبة بالمبلولة أو اليابسة أو التمر المنقع بالمنقع أو الزبيب المنقع بالمنقع من أنقع اذا التي في اليابسة لتبطل وتخرج منه الخلاوة جاز عن أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز في جميع ذلك هو يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو حال الجفاف ومفرغه حديث سعد وأبو حنيفة يعتبر بها في الحال علا باطلاق المشهور وكذلك أبو يوسف الا أنه ترك هذا الاصل في يسع الرطب بالتمر لحديث سعد رضي الله عنه واحتاج محمد الى الفرق بين هذه الفصول يعني يسع الخطئة الرطبة والمبلولة الى آخرها

قال (وكذا العنب بالزبيب) يعني على الخلاف والوجه ما بيناه وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالخطئة المقلية بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز ممتثلا كمالا عندنا لانه يسع التمر بالتمر وكذا يسع الخطئة الرطبة أو المبلولة بمثلهما أو اليابسة أو التمر أو الزبيب المنقع بالمنقع منهما ممتثلا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز جميع ذلك لانه يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو الحال وأبو حنيفة يفتقره الى أن يبيح العنب بالزبيب (وقوله) عند أبي حنيفة يجوز مع التساوي كمالا وعندهما لا يجوز وقوله (والوجه ما بيناه) انما يعني في منع بيع الرطب بالتمر وهو قوله صلى الله عليه وسلم أينقص اذا جف باعتباره اشتماله على العلة المنبهة عليها ولا يبيح حنيفة ان الزبيب اما من جنس العنب فيجوز متساويا ولا فيجوز مطلقا ونقل القدوري في التمر يبيح عن أبي جعفر أن جواز يسع الزبيب بالعنب قولهم جميعا ذكره أبو الحسن أن عندهما لا يجوز الاعلى الاعتبار فقال المصنف (وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالخطئة المقلية بغير المقلية) فانه لا يجوز البيع لان القلي كائن يصنع العبادة لعدم اللطافة التي كانت الخطئة بها متلبة بخلاف التفاوت الحاصل باصل الخلقة كالرطب مع التمر والعنب مع الزبيب لا يعتبر فهذا هو الاصل فصار في بيع العنب بالزبيب أربع روايات لا يجوز اتفاقا فيجوز اتفاقا وهي رواية أبي جعفر على الخلاف وهي رواية السكاك يجوز عنده وعندهما لا يجوز الاعلى الاعتبار لان الزبيب موجود في العنب فصار كالزيت بالزيتون والفرق لا يبيح حنيفة على رواية المنع بين العنب بالزبيب وجواز الرطب بالتمر ان الاستعمال ورد باطلاق اسم التمر على الرطب ولم يرد مثل هذا في الزبيب فافترقا (وأما الرطب بالرطب فيجوز ممتثلا كمالا) وكذا العنب بالعنب يجوز (عندنا) وبه قال مالك وأحمد والمزني خلافا للشافعي وكذا الخلاف في كل ثمرة لها حال جفاف كالتين والشمس والجوز والكمثرى والريمان والاجاص لا يجيز برطبه كمالا لا يجيز يسع رطبه بيباسه لانه لا يعرف قدر النقصان اذ قد يكون نقصان أحدهما أكثر من الآخر وكذا الخلاف في الباقلاء الأخضر بمثله لان بين الباقلاء تين فضاء يتفاوت فيمنع تعديل الكيل فكان كبير الخطئة المقلية بغير المقلية ويسع الخطئة المبلولة بالمبلولة والرطبة بالرطبة أو المبلولة باليبسة يجوز وكذا يسع التمر المنقع والزبيب المنقع باليباس منهما يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافا لمحمد في الفصول كلها من يسع

زيد بن عياش وزيد بن عياش مما لا يقبل حديثه واستحسن أهل الحديث منه هذا الطعن حتى قال ابن المبارك رحمه الله كيف يقال أبو حنيفة يفتقره الله لا يعرف الحديث وهو يقول زيد بن عياش مما لا يقبل حديثه وهذا الكلام حسن في المناظرة لدفع شغب الخصم ولكن الخجة لا تتم بهذا الجواز أن يكون ههنا قسم ثالث كافي المقلية بغير المقلية ولكن الخجة لا يبيح حنيفة رحمه الله الاستدلال بقوله عليه السلام التمر بالتمر مثل عتل والتمر اسم لثمرته خارجة من النخل من حين تنعقد صورتها الى أن تذول وما يتردد عليه من الاوصاف باعتبار الاحوال لا يوجب تبديل اسم العنب كالآدمي يكون صبيانا ثم شابا ثم كهلا ثم شيخا واذا ثبت أن الكل تمر راعى وجود المماثلة حالة العقد على الصفة التي دخلت في العقد فان قيل لو كان الرطب تمرا ينبغي أن يثبت فيما اذا جلف لا يا كل وطبا كل تمرا قلنا معنى الايمان على العرف وفي العرف الرطب غير التمر وتاويل الحديث ان مع أن السائل كان وصيا للقيم فلم ير رسول الله عليه السلام في ذلك التصرف منعة للقيم باعتبار النقصان عند الجفوف فنع الوصي منه على طريق الاشتقاق لاعلى وجه بيان فساد العقد كذا في المبسوط ولان الصحيح أنه سئل عن بيع الرطب بالتمر نساء كذا روى أبو داود في سننه وبه نقول (قوله) وقيل لا يجوز بالاتفاق والفرق لا يبيح حنيفة رحمه الله بين يسع التمر بالرطب ويسع العنب بالزبيب على هذه الرواية هو ان النص ورد باطلاق لفظ التمر على الرطب في قوله عليه السلام أو كل تمر خبير هكذا ولم يرد باطلاق اسم الزبيب على العنب (قوله)

في الاعتبار التفاوت الصنعي اذ بذلك لا يمكن الوقوف على المساواة سواء أطلق الاسم أو لا بعد أن يكون من جنسه

في الحال وكذا أبو يوسف رحمه الله عملاً باطلاق الحديث لأنه ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما
روى بناء لهما وجه الفرق لمحمد رحمه الله بين هذه الفصول وبين الرطب بالرطب ان التفاوت فيما يظهر مع بقاء
البديلين على الاسم الذي عقد عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء أحدهما على ذلك فيكون تفاوتاً في عين
المعقود عليه وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتاً في المعقود عليه فلا يعتبر ولو باع
البسر بالتمر متفاضلاً لا يجوز لأن البسر غير بخلاف الكفري حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنين بواحد
لأنه ليس بتمر فان هذا الاسم له من أول ما تنعقد صورته لاقبله

الخطئة المبالة الى هنا والمنعق اسم مفعول من أنقع الزبيب في الخباسة فهو منعق وأصله ان محمد باعتبار المساواة
في أعدال الاحوال وهو المال عند الجفاف كما أشار اليه حديث سعيد وذلك منتف في المبالة والرطب مع مثلها أو
الياسة أمامع الياسة فظاهر وأما المبالة مع المبالة فالتفاوت يقع في قدر البليل قال الخواص في الرواية بمحفوظة
عن محمد أن يبيع الخطئة المبالة بالياسة انما لا يجوز اذا انتفعت أما اذا بليت من ساعتها يجوز بيعها بالياسة اذا
تساوا كلاً وأبو حنيفة وأبو يوسف يعتبران المساواة بتاويل التساوي في الحال (عملاً باطلاق الحديث) أي
حديث عبادة بن الصامت وغيره (الأن أن أبو يوسف ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما روى بناء) من
حديث سعيد بن أبي وقاص وهو مخصوص من القياس فلا يلحق به الا ما كان في معناه والخطئة الرطبة ليست
في معنى الرطب من كل وجه والرطوبة في الرطب مقصورة وفي الخطئة عيب وفي المسوط ذكر في بعض النسخ
قول أبي يوسف مع أبي حنيفة وهو قوله الآخر وقوله الاول كقول محمد وقد نقض ما تقدم من الاصل وهو
ان التفاوت يصنع العباد معتبر في المنع وما بأصل الخطئة المبالة فان الرطوبة الحاصلة فيها يصنع العباد
و بها يحصل التفاوت مع انه جاز العقد أجيب بأن الخطئة في أصل الخلقة رطبة وهي مال الراباذ ذلك والبل
بالماء يعمدها الى ما هو أصل الخلقة فيها فلم يعتبر بخلاف القلي (ووجه الفرق لمحمد بين هذه الفصول) من
بيع الخطئة الرطبة الى هنا حيث منعه (وبين الرطب بالرطب) حيث أجازوه وكذلك بين العنب بالعنب فإنه
يجوز (ان التفاوت) ان ظهر مع بقاء الاسم على البديلين أو أحدهما فسد العقد وان ظهر بعد زوال
الاسم عنهما لا يفسد في الرطب بالرطب والعنب بالعنب يظهر التفاوت بعد زوال الاسم عن البديلين عن الاسم الذي
عقد عليه العقد فان الاسم حينئذ التمر والزبيب فلا يكون تفاوتاً في المعقود عليه وفي الخطئة المبالة وما في معناه
لا يتغير فيظهر في نفس المعقود عليه فيمتنع (ولو باع البسر بالتمر متساوياً) يجوز (ومتفاضلاً لا يجوز) لأن
البسر غير بخلاف الكفري) وهو بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء مقصوراً كم الخمل وهو أول ما ينشق
(حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر) أي كمال من التمر بكيلين من الكفري وقبله لأنه ليس بتمر (لأن)
الكفري لم ينعقد بعد في صورة التمر (وهذا الاسم) أعنى التمر له (من أول ما تنعقد صورته لاقبله) وهذا

لما روى بناء لهما) وهو قوله عليه السلام لا اذا ولا يقال وجب أن لا يصح بيع المبالة بالرطوبة ولا بالياسة
كالمقابلة بغير المقابلة لان الخطئة في الاصل تخلق رطبة ويكون مال الراباعلى هذه الصفة فاذا بليت بالماء عادت
الى تلك الصفة الاصلية فاذا وجدت المماثلة في الميعار الشرعي جاز العقد وأما الخطئة لم تخلق مقابلة حتى يكون
هذا إعادة تلك الصفة الاصلية قال شمس الأئمة الخواص رحمه الله أن الرواية بمحفوظة عن محمد رحمه الله أن يبيع
الخطئة الياسة بالمبالة انما لا يجوز اذا بليت الخطئة وانتفعت أما اذا لم تنفع بعد بليت من ساعتها يجوز
بيعها بالياسة اذا تساوا كلاً كذا في المخط والذخيرة (قوله وجه الفرق لمحمد رحمه الله بين هذه الفصول)
وهي بيع الخطئة الرطبة والمبالة الى آخرها وبين الرطب بالرطب وكذا بين العنب بالعنب ان التفاوت في
هذه الفصول يظهر مع بقاء البديلين على الاسم الذي عقد عليه العقد وهو الخطئة والزبيب والتمر وفي بيع
الرطب بالتمر مع بقاء أحدهما وكان هذا تفاوتاً في المعقود عليه وفي الرطب بالرطب والعنب بالعنب بعد
خروج البديلين عن اسم عقد عليه العقد فلا يكون ذلك تفاوتاً في المعقود عليه فلا يعتبر فيصح العقد (قوله)
فان هذا الاسم) أي اسم التمر له من أول ما تنعقد صورته لاقبله فان قبل ان تعقد صورته اسمه الكفري وهو

وبين يبيع الرطب بالرطب
حيث اعتبر المساواة فيها
في أعدال الاحوال وفيه في
الحال ووجه ذلك ما ذكره في
الكتاب وحاصله أن التفاوت
اذا ظهر مع بقاء البديلين أو
أحدهما على الاسم الذي
عقد عليه العقد فهو مفسد
لكونه في المعقود عليه واذا
ظهر بعد زوال الاسم الذي
عقد عليه العقد عن البديلين
فليس يفسد اذا لم يكن تفاوتاً
في المعقود عليه فلا يكون
معتبراً قاتل أن يقول
هذا انما يستقيم اذا كان
العقد وارداً على البديلين
بالتسمية وأما اذا كان
بالإشارة الى المعقود عليه
فلا لأن المعقود عليه هو
الذات المشار اليها وهي
لا تبدل قال (ولو باع
البسر بالتمر الخ) يبيع البسر
بالتمر متفاضلاً لا يجوز لأنه
تمر لما بينا أن التمر اسم لشجرة
(قوله واقاتل أن يقول هذا
انما يستقيم الخ) قول ذلك
أن تقول المراد بالضمير
الراجع الى الاسم في قوله
عقد عليه هو معنى المسمى
بطريق الاستخدام أو يقال
المضاف مقدر أي مسماه
بقرينة جعله معقوداً عليه
لظهور أن ما عقد عليه العقد
هو المسمى حقيقة لا الاسم
فاندفع الاشكال

النخل من أول ما تنقد صورته ويغيبه من مساوياً من حيث الكيل يدايد جازراً بالاجماع ويبع الكفري بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الزاء وهو كم النخل سمي به لانه يستمر في جوفه بالشمر جائز متساو باومتفاضلا يدايد لان الكفري ليس بثمر لكونه قتل انعقاد الصورة (قوله والكفري عددي متفاوت) قبل هو جواب سؤال تقريره لولم يكن ثمر الجاز اسلام التمر في الكفري لكونه لم يجز وتقر بالجواب أنه عددي متفاوت بالصغر والكبر وتتفاوت (١٧٢) آحاده في المسألة فلا يجوز الاسلام فيه للجهالة قال (ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت الخ)

والزيتون ما يتخذ منه الزيت والشيرج الدهن الابيض ويقال للعصير قبل أن يتغير شيرج وهو تعريب شيره والمراد به ههنا ما يتخذ من السمسم واعلم أن المجانسة بين الشبثين تكون تارة باعتبار العين وأخرى باعتبار ما في الضمن ولا يعتبر الثاني مع وجود الاول ولهذا جاز بيع قفيز حنطة على كفة بقفيز مسوسه من غير اعتبار ما في الضمن واذا لم يوجد الاول يعتبر الثاني وهذا لم يجز بيع الحنطة بالديق والزيت مع الزيتون من هذا النوع فاذا بيع أحدهما بالآخر فلا يتخلوا ما أن تعلم كمية ما يستخرج من الزيتون أولاً والثاني لا يجوز لتوهم الفضل الذي هو كالحق في هذا الباب والاول امان أن يكون المنفصل أكثر أولاً والثاني لا يجوز لتحقيق الفضل وهو بعض الزيت والشجير ان نقص المنفصل عن المستخرج من الزيتون والشجير وحده أي ساواه على تقدير أن يكون الشجير بقيمة وأما اذا لم يكن كما في الزبد بعد اخراج السمن اذا كان السمن الخالص مثل ما في الزبد من السمن فانه يجوز وهو المروي عن أبي حنيفة والاول جائز لوجود مقتضى انتقاء المانع والشيرج بالسمسم والشبهه والجوز بد منه واللبن سمي به والعنب بعصره والتمر بد بسمه على هذا الاعتبار ولقائل أن يقول مثلاً السمسم يشبه في الشيرج والشجير فاما أن يكون المجموع منظور اليه من حيث هو كذلك فيجب جواز بيع الشيرج بالسمسم مطلقاً لان الشيرج وزني والسمسم كيلى أو من حيث الافراز فيجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلاً صراً لكل واحد من الدهن والشجير الى خلاف جنسه كما اذا باع كره حنطة وكرو شيرج مثلاً كرا حنطة

والزيتون ما يتخذ منه الزيت والشيرج الدهن الابيض ويقال للعصير قبل أن يتغير شيرج أيضاً وهو تعريب شيره (قوله فالشجير) وبعض الدهن فضل ينصرف الى قوله لو كان أكثر وقوله أو الشجير

استدل بعضهم لابي حنيفة في بيع الرطب بالتمر فرود عليه انه لو حلف لا يأكل تمرًا فكل رطباً لا يحنت فكان غيره فاجاب بالمانع بل يحنت وليس يصحج بل المسئلة مسطورة في الكتب المذهبية لمشهوره بأنه لا يحنت وكذا ادعى أنه يحنت فيما اذا حلف لا يأكل تمرًا فكل يسر ولم يكن به حاجة الى هذا الذي يكفيه أن الايمان مبني على العرف وكلامنا فيه لغته وهم بعد ذلك مطالبون بتصحيح أن اسم التمر يلزم الخارج من حين ينعد الى أن يطيب ثم يحف من اللغة ولا ينكر صحة الاطلاق باعتبار مجاز الاول وقوله (والكفري عددي متفاوت الى آخره) جواب سؤال هو أنه اذا لم يكن الكفري ثمرًا ينبغي أن يجوز اسلام التمر فيه وشراء التمر به نسبة فقال الكفري عددي متفاوت بالكبر والصغر تفاوتا غير مهدر فلا يجوز اسلامه فيه ولا أن يشتري به نسبة للجهالة فتقع المنازعة (قوله ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيتون والشيرج معاً) معلوم أنه (أكثر مما في الزيتون والسمسم) فلو جهل أو علم أنه أقل أو مساو ولا يجوز فلا احتمالات أربع والجواز في أحدها بانه اذا كان أكثر كان الخارج منه مثله من الدهن المفرد (والرائد) منه (ب) حقه باله (الشجير) وفي فتاوى قاضخان رحمه الله انما يشترط أن يكون الخالص أكثر اذا كان النخل في البدل الآخر شأله قيمة أما اذا كان لا قيمة له كما في الزبد بعد اخراج السمن منه فيجوز مع مساواة الخارج للسمن المفرد ويرى ذلك عن أبي حنيفة وقال زفر يجوز مع عدم العلم لانه متردد بين الفساد والصحة فلا يثبت الفساد بالشك والاصل الصحة وقتلنا الفساد غالب لانه على تقدير بقاء النقصان والمساواة والصحة على تقدير الاكثرية فكان هو الظاهر فوجب الحكم به وعند الشافعي لا يجوز وهذا البيع أصلاً لعدم العلم بالتفاضل وقت العقد واعلم أن المجانسة تكون باعتبار ما في الضمن فمنع النسبة كما في المجانسة العينية وذلك كالزيت مع الزيتون والشيرج مع السمسم وتنفي باعتبار ما أضيف اليه فيختلف الجنس مع اتحاد الاصل حتى يجوز التفاضل بينهما كدهن البنفسج مع دهن الورد أصلهما واحد وهو الزيت والشيرج فصار جنسين باختلاف ما أضيف اليه من الورد والبنفسج نظر الى اختلاف المقصود والغرض ولم يبال باتحاد الاصل وعلى هذا ذهن الزهر في ديارنا ودهن البان أصلهما اللوز يطبق بالزهر وبالحلاف منه ثم يعمد اللوز فيخرج منه دهن يختلف الرائحة فيجوز بيع أحد الدهنين بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الزاء كما النخل لانه يستمر في جوفه (قوله والكفري عددي متفاوت) هذا جواب عما يقال الكفري لما لم يكن من جنس التمر وجب أن يجوز الاسلام في الكفري اذا جعل التمر رأس المال فاجاب أن الكفري عددي متفاوت لم يجز السلم فيه بالتمر للجهالة لا للمجانسة (قوله ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت) أي بيع ثمرة الزيتون بالزيت وفي المغرب الزيتون من العصرة ويقال لشيره الزيتون أيضاً ولدهنه الزيتون والشيرج الدهن الابيض ويقال للعصير قبل أن يتغير شيرج أيضاً وهو تعريب شيره (قوله فالشجير) وبعض الدهن فضل ينصرف الى قوله لو كان أكثر وقوله أو الشجير

الزبد من السمن فانه يجوز وهو المروي عن أبي حنيفة والاول جائز لوجود مقتضى انتقاء المانع والشيرج بالسمسم والشبهه والجوز بد منه واللبن سمي به والعنب بعصره والتمر بد بسمه على هذا الاعتبار ولقائل أن يقول مثلاً السمسم يشبه في الشيرج والشجير فاما أن يكون المجموع منظور اليه من حيث هو كذلك فيجب جواز بيع الشيرج بالسمسم مطلقاً لان الشيرج وزني والسمسم كيلى أو من حيث الافراز فيجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلاً صراً لكل واحد من الدهن والشجير الى خلاف جنسه كما اذا باع كره حنطة وكرو شيرج مثلاً كرا حنطة

والشبهة فيه كالحقيقة والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار واختلفوا في القطن بغزله والكر باس بالقطن يجوز كيفما كان بالاجماع قال (ويجوز بيع الاعمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلا) ومراده لحم الابل والبقر والغنم

بالآخرة متفاضلا وعلى هذا قالوا الوضئ الى الاصل ما عليه دون الآخر جاز متفاضلا حتى أجاز وبيع فغير سمس مطيب بغير مطيب وعلى هذا يجوز بيع وطل وز مطبق برطلى وز غير مطبق وكذا يجوز بيع وطل دهن لوز مطبق برطلى دهن اللوز الخالص وكذا برطلى زيت مطيب برطلى زيت لم يطيب ففعلوا الرخصة التي فيها بآراء الزيادة على الرطل خلافا للشافعي فانه لا يجيز الدهن المطيب وغيره الا بمثل ما يمشل وأورد أنه ينبغي أن يجوز بيع السمس بدهنه باى وجهه لان الدهن وزنى والسمس كيلي أجيب بانه لما كان المقصود من السمس ما في ضمنه من الدهن كان يبيع الجنس بالجنس فان قيل فيجوز بيع السمس بالسمس متفاضلا صرفا لكل من دهنه وتغيره الى خلاف جنسه أجيب بان الصرف يكون عند الانفصال صورة كسئلة الاكرار ولا ضرورة هنا منفصلة وقوله (والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار) يعنى ان كان الدهن المفرد والسمن والدبس أكثر مما يخرج من الجوز واللبن والتمر جاز وقد علمت تقديده بما اذا كان الثقل له قيمة وأظن ان لقيمة الثقل الجوز الا ان يكون يبيع بقشره فيؤخذ وكذا العنب لقيمة الثقله فلا تشترط زيادة العصير على ما يخرج وانه أعلم (واختلفوا في القطن بغزله) فبعضهم لا يجوز متساويا لان القطن ينقص بالغزل فهو كالحنطة مع الدقيق وقال بعضهم يجوز وفي فتاوى فاضل خان لا يجوز المتساويا لان أصلهما واحد وكلاهما موزون وان خرجا وأحداهما من الوزن جاز متفاضلا وبيع الغزل بالثوب جائز على كل حال وقال المصنف بالاجماع وعن محمد أن يبيع القطن بالثوب لا يجوز متفاضلا وعنه أنه لا يجوز مطلقا وهكذا عن أبي حنيفة أيضا ثم ذكر أنه لا باس ببيع المحلوج بالقطن والغزل بالقطن اذا كان يعلم أن الخالص أكثر مما في الآخر وهذا في المحلوج مع القطن ظاهر لان الفاضل بازاء حب القطن وهو مما يشترعه وقد يعلف لبعض الدواب وأما في الغزل فكانه ليكون الفاضل من القطن المفرد بازاء صنعة الغزل فنقل الاجماع انما هو باعتبار الاقوال المعول عليها دون الروايات (قوله ويجوز بيع الاعمان) جمع لحم (المختلفة بعضها ببعض متفاضلا) ومراده لحم الابل والبقر والغنم لانها أجناس مختلفة لا اختلاف

وحده الى قوله أو مساويا له فان قيل ينبغي أن يجوز بيع دهن السمس بالسمس باى وجهه كان لان الدهن وزنى والسمس كيلي قلنا المقصود من السمس ما في السمس وهو دهنه فيكون حينئذ يبيع الجنس بالجنس فان قيل لو كان ما في السمس مقصودا وتغيره أيضا مقصودا حتى جعل بقائه شئ من الدهن ينبغي أن يجوز بيع السمس بالسمس متفاضلا صرفا لكل واحد من الدهن والتغير الى خلاف الجنس كافي مسئلة الاكرار وهى بيع كرحنطة وكشر شعير بثلاثة أكرار حنطة وكشر شعير قلنا ذلك الصرف الى خلاف الجنس انما يصح في المنفصل خلقة كافي مسئلة الاكرار لانهما كان منفصلا خلقة أمكن اعتباره منفصلا في حق الصرف الى خلاف الجنس أيضا وفي المبسوط والاصل في جنس هذه المسائل أن المجانسة بين الشئين تكون باعتبار العين تارة وباعتبار ما في الضمن أخرى وفيما اذا وجدت المجانسة عينيا لا يعتبر ما في الضمن حتى يجوز بيع قفيز حنطة عاكبة بغير حنطة قدأ كلها السوس ولا يعتبر ما في الضمن وفي الحنطة بالدقيق يعتبر المجانسة بما في الضمن حقيقة وان كان ذلك شيا أخر كما حتى أن الغاصب اذا غصب حنطة وطحنها يصير ملكا له ثم لا يجانسة بين الزيتون والزيت صورة فيعتبر ما في الضمن (قوله والشبهة فيه كالحقيقة) ولا يلزم بيع اللحم بالحيوان عندهما لان اللحم في شراء الحيوان غير مقصود وانما المقصود الدرو والنسل والاسامة وانما يعتبر المجانسة بما في الضمن اذا كان مقصودا كافي الزيت بالزيتون والسمس بالشعير لا ترى أن اللحم في الحيوان وان كان موجودا حقيقة فهو كالعدم حكم حتى لو أخذ بضعة من لحم الحيوان لا يحل تناولها عرفنا أن مقصود اللحم حصل بالذبح حكما فلا يعتبر قبله (قوله على هذا الاعتبار) يعنى ينبغي أن يكون المفرد زنى

وصكر شعير أو يكون أحدهما اما الدهن أو التغير منظور اليه فقط والثاني منتف عادة والاول وجب أن لا يقابل التغير بشئ من الدهن وليس كذلك والجواب أن المنظور اليه هو المجموع من حيث الافراد ولا يلزم جواز بيع السمس بالسمس متفاضلا قوله صرفا لكل واحد من الدهن والتغير الى خلاف جنسه قلنا ذلك اذا كانا منفصلين خلقة كافي مسئلة الاكرار لفظه وكمال الجنسية حينئذ والدهن والتغير ليس كذلك واختلفوا في جواز بيع القطن بغزله متساويا فقيل لا يجوز لان القطن ينقص بالغزل فهو نظير الحنطة بالدقيق وقيل يجوز لان أصلهما واحد فكلهما موزون وان خرجا من الوزن أو خرج أحدهما من الوزن لا باس ببيع واحد بالثوب كذا في فتاوى فاضل خان وبيع الغزل بالثوب جائز والكر باس بالقطن جائز كيفما كان بالاجماع وهذا يخالف ما روى عن محمد أن يبيع القطن بالثوب لا يجوز مطلقا قال ويجوز بيع اللجمان الخ

كل ما يكمل به نصاب الآخرة من الحيوان في الزكاة لا يوصف باختلاف الجنس كالبقرة والجواميس متفاضلا وعنه أنه لا يجوز والعرباء والبخاق والمزود والضأن فلا يجوز بيع لحم أحدهما بالآخر متفاضلا وكل ما يكمل به نصاب الآخرة فهو يوصف بالاختلاف كالبقرة والغنم فيجوز بيع لحم أحدهما بالآخر متفاضلا وكذلك الألبان وعن الشافعي رحمه الله أن المقصود من اللحم شيء واحد وهو التغذية والتقوى فمما كان الجنس متحدا ولنا ثم اقترح أصول مختلفة لما ذكرنا واختلاف الأصل بوجوب اختلاف الفرع ضرورة كالأدهان وما ذكر من الاتحاد في التغذية فذلك اعتبار المعنى العام كالطعم في المطعومات والتفكه في الفواكه والمعنى باعتبار الاتحاد في المعنى الخاص ولا يشك بالطيور فإن بيع لحم بعضها ببعض متفاضلا يجوز مع اتحاد الجنس لأن ذلك باعتبار أنه لا يوزن عادة فليس يوزن ولا كيل فلم يتناولوه القدر الشرعي وفي مثله يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلا (قوله أذا لم يتبدل (١٧٤) بالصنعة) قبل مراده أن اتحاد الأصول بوجوب اتحاد الفرع والأجزاء أذا لم يتبدل بالصنعة فإذا تبدلت الأجزاء بالصنعة تكون مختلفة وإن كان الأصل متحدا كالهروري والمروى وفيه نظر لأن كلامه في اختلاف الأصول لا في اتحادها فكانه يقول

فأما البقرة والجواميس جنس واحد وكذا المعز والضأن وكذا العرباء مع البخاق قال (وكذلك ألبان البقرة والغنم) وعن الشافعي رحمه الله لا يجوز لأن الجنس واحد لاتحاد المقصود ولنا أن الأصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب أحدهما بالآخر في الزكاة فكذلك أجزاؤها أذا لم يتبدل بالصنعة قال (وكذا داخل الدقل بخلاف العنب) للاختلاف بين أصلهما فكذلك بين ماءهما ولهذا كان عصيراهما جنسين وشعر المعز وصف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد

أصولها ولم يحدث في الجنس الواحد منها زيادة تصير جنسين (فأما البقرة والجواميس) فمن جنس واحد لا يجوز بيع لحم البقرة بلحم الجاموس متفاضلا (وكذا المعز والضأن والعرباء مع البخاق) لا يجوز بيع شيء مع الآخر متفاضلا لاتحاد الجنس وانما حاز بيع لحم الجنس الواحد من الطيور كالسمان مثلاً والعصافير متفاضلا لأنه ليس مال بالزاد يوزن لحم الطير ولا يكال وينبغي أن يستثنى من لحوم الطير الدجاج والأوز لأنه يوزن في عادة ديار مصر بعظمه وقوله ومراده إلى آخره يحترز به عن قول مالك فإن عنده اللحم كالأجزاء الثلاثة أجناس الطيور جنس والدواب أهلها وحشبيها جنس واحد والبحريات (وكذا ألبان البقرة والغنم) يجوز متفاضلا لأن ذلك من اختلاف الجنس باختلاف الأصلين (وعن الشافعي أن اللحم والألبان جنس واحد لاتحاد المقصود) من الكل وهو التغذية وهذا قول الشافعي غير المختار والصحيح مع قوله أنه مثل قولنا ثم دفع هذا القول بأن أصولها (مختلفة) الأجناس (فكذلك أجزاؤها أذا لم يتبدل بالصنعة) فأنما حينئذ تعد أجناسا ولهذا جاز بيع الخبز بال دقيق والسويق متفاضلا (وكذا داخل الدقل بخلاف العنب) متفاضلا وكذلك عصيرهما (لاختلاف أصلهما) جنسا وتخصيص الدقل وهو رديء التمر باعتبار العادة لأن الدقل هو الذي كان في الغادة يتخذ خللا (و) أما (شعر المعز وصف الغنم) فمن جنس لاختلاف المقاصد بخلاف لحمها ولبنهما جعل جنسا

اختلاف الأصول بوجوب اختلاف الأجزاء أذا لم يتبدل بالصنعة وأما إذا تبدلت فلا توجه وانما توجه لاتحاد المقاصد كما تؤثر في تغير الأجناس مع اتحاد الأصل كالهروري مع المروى مع اتحادها في الأصل وهو القطن كذلك تؤثر في اتحادها مع اختلاف الأصل كالدرهم المغشوشة المختلفة الغش مثل الحديد والرصاص إذا كانت الفضة غالبة فإنها متحدة في الحكم بالصنعة مع اختلاف الأصول قال (وكذا داخل الدقل بخلاف العنب الخ) أيد قل هو أورد التمر وبيع خله بخلاف العنب متفاضلا

هذه الأشياء أكثر مما في هذه الأشياء والعقل بغزله قيل يجوز لاختلافها حقيقة وقيل لا يصح إلا بطريق الاعتبار لأن في القطن غزلا لكنه دقيق جدا والسكر باس بالقطن يجوز كيفما كان أي سواء كان القطن أكثر مما في السكر باس من القطن أو أقل أو مساو يا بالاجماع (قوله وكذلك ألبان البقرة والغنم) معطوف على قوله ويجوز بيع اللحم المختلفة (قوله وعن الشافعي رحمه الله أنه جنس واحد) لاتحاد المقصود وهو التغذية والتقوى والاختلاف بعد ذلك يرجع إلى الوصف (قوله أذا لم يتبدل بالصنعة) معناه أن لأجزاء حكم الأصول ما لم تتغير بالصنعة كما في الدهن مع السمسم والعصير مع العنب وإذا تغير بالصنعة لم يبق له حكم الأصل كالخبز مع الخنطة والسكر باس مع القطن واللبس مع العنب يجوز البيع كيفما كان وقيل

قال

جائز بديك وكذا حكم سائر الثمر ولما كانوا يجعلون الخل من الدقل غالبا

أخرج الكلام على مجرى العادة وانما جاز التفاضل للاختلاف بين أصلهما ولهذا كان عصيراهما معني الدقل والعنب جنسين بالاجماع

(قوله لأن ذلك باعتبار أنه لا يوزن عادة) أقول وينبغي أن يستثنى منه لحم الدجاجة فإنه يوزن في أكثر البلاد قال المصنف (فكذلك أجزاؤها إذا لم يتبدل بالصنعة) أقول ولعل المعنى وكذا تختلف أجزاؤها تلك الأصول بحسب اختلاف الأصول لاتحادها مع أذا لم يتبدل بالصنعة فإن تلك الأجزاء إذا تبدلت بالصنعة زال الاتحاد مع أصلها فلا يكون اختلافها لاختلاف أصولها بل الصنعة كالخبز والآناء والقمة على ما تبين فليتدبر (قوله قبل مراده) أقول القائل هو صاحب النهاية (قوله فكانه يقول اختلاف الأصول الخ) أقول ما أخذ من التجار بية

(وشعر المعز وصف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد) فجاء يبيع أحدهما بالآخر متفاضلا وهذا يشير الى ان اختلاف المقصود كالتبديل بالصنعة في تغيير الاجزاء مع اتحاد الاصل فان المقصود هو المقصود باختلافه يوجب التغيير واختلاف المقصود فيهما طاهر فان الشعر يتخذ منه الحبال الصلبة والمسوح والصوف يتخذ منه البود واللحافة لا يقال لو اختلف الجنس باختلاف المقصود لما جاز يبيع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلا لان المقصود منهما متحد فكان الجنس متحدا لا ناسم ذلك فان لبن البقر قد يضر حين لا يضر لبن الغنم فلا يتخذ القصد اليهما والاولى أن يقال قلنا ان اختلاف المقصود يوجب اختلاف الجنس عند اتحاد الاصول ولم نقل اتحاد المقصود يوجب الاتحاد عند اختلاف الاصول فالاصل أن يوجب اختلاف الاصول اختلاف الاجزاء والفروع الاعند التبديل بالصنعة (١٧٥) وان يوجب اتحاد الاصول اتحاد الفروع الا عند التبديل بالصنعة أو

اختلاف المقصود بالفروع ولم يظهر عليه نقض ومن هذا يتبين أنه مانع راجع فلا يعارضه اتحاد الاصل ويسقط ما قيل شعر المعز وصف الغنم بالنظر الى الاصل جنس واحد وبالنظر الى المقصود جنسان فينبغي أن لا يجوز التفاضل بينهما في البيع فوجب الجانب الحرمة لان المقصود راجع قال (وكذا شحم البطن بالالية أو بالهجم) جاز لانها أجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا أما اختلاف الصور فلا تن الصورة ما يحصل منه في الذهن عند تصويره ولا شك في ذلك عند تصور هذه الاشياء وأما اختلاف المعاني فلا نه ما يفهم منه عند اطلاق اللفظ وهما مختلفان لاجتماع وأما اختلاف المنافع فكافة الطب قال (ويجوز بيع الخبز بالحنطة) يبيع الخبز بالحنطة والدقيق اما أن

قال (وكذا شحم البطن بالالية أو بالهجم) لانها أجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا قال (ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا) واحدا كما ذكرنا لاتحاد الجنس مع عدم الاختلاف فان ما يقصد بالشعر من الا لا غير ما يقصد بالصوف فصار ما يوجب اختلاف الامور المتفرقة ثلاثة أشياء اختلاف الاصول واختلاف المقاصد وزيادة الصنعة فان قيل بالنظر الى اتحاد الاصل في الصوف والشعر لا يجوز بيعهما متفاضلا وزناو بالنظر الى المقاصد اختلاف فيجوز متفاضلا فينبغي أن لا يجوز متفاضلا لتعليب الحرمة فالجواب أن ذلك عند تعارض دليلهما وتساوئهما فغير محرم وهذا ليس كذلك فانه لا يقاوم الصورة المعنى وألزم على تعليب جانب المعنى كون ألبان البقر والغنم جنسا واحدا لاتحاد المقصود وأوجب بمنع اتحادهما فان لبن البقر يقصد للشمن ولبن الابل لا يتانى منه ذلك وكذا أغراض الاكل تتفاوت فان بعض الناس لا يطيب له البقر ويتضرر به دون الضأن وكذا في الابل ومن الاختلاف بالصنعة ما قدمنا من جواز بيع اناهى صفر أو حديد أحدهما أثقل من الآخر وكذا في قمة بقعة ممتين واربعة بارتين وسيف بسيفين ودواة بدواتين ما لم يكن شئ من ذلك من أحد التقدين فيجتمع التفاضل وان اصطحا وابتعد الصياغة على ترك الوزن والاعتصاف على العد والصورة (ويجوز بيع شحم البطن بالالية أو بالهجم) والهجم بالالية متفاضلا لانها أجناس لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا) وأما شحم الجانب ونحوه فتابع للحم وهو مع شحم البطن والالية جنسان وكل ذلك لا يجوز نسبة لان الوزن يجمعهما وأما الرأس والاكارع والجلود فيجوز يدايد كغيرها كان لانسبة لانه لم يضبط بالوصف حتى ان السلم فيه لا يجوز (قوله ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا) يدايد ساقيل وهو ظاهر مذهب علمائنا معناه أن اختلاف جنس الاصول دليل اختلاف جنس الفروع ألا ترى أنه لا اتحاد في المقصود فان مقصود الثمن يحصل بلبن البقر دون لبن الابل وكذا بعض الناس يرغب في بعض اللحوم دون البعض وقد يضره البعض وينفعه البعض حتى أن ما يكون أصله جنسا واحدا فانه جنس واحد كالبحر مع الجواميس لكن اختلاف الاصل انما يوجب اختلاف الاجزاء اذ لم يتبدل بالصنعة فان الاجزاء المختلفة اذا أبدع فيها صنعة تصير كجزء واحد بان اتخذ منها الجبن لا يجوز بيعه متفاضلا وفي مسائلنا لم يتبدل بالصنعة فتكون الاجزاء مختلفة كاصولها وشعر المعز وصف الغنم جنسان فان قيل يجب أن يكون جنسا واحدا لان المعز والغنم جنس واحد حتى اعتبر اتحادهما في حق الابلان وفي حق تكميل النصاب قلنا نعم كذلك الا أن المقاصد فيهما قد اختلفت فان الحبال الصلبة والمسوح انما يتخذ من شعر المعز دون صوف الضأن والبود واللحافة انما يتخذ من صوف الضأن دون شعر المعز فصار بسبب اختلاف المقاصد جنسين مختلفين وحصل من هذا أن ما يوجب

يكون حل كونه مانقين أو حال كون أحدهما نافعا والآخر نسيئة فان كان الاول جازلا نه صار عددا أو موزونا فخرج عن كونه مكبلا من كل وجه والحنطة مكيلة فاختلف الجنسان وجاز التفاضل

(قوله لا يقال لو اختلف الجنس الخ) أقول يعني اذا غلب جانب المقصود على جانب الاصل حتى غدا المختلفان مقصودا مع اتحاد أصلهما جنسين مختلفين فينبغي أن يعد المختلفان فيه متعدين في الجنس اذا اتحد المقصود منهما بناء على ذلك التغليب فلا يجوز بيع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلا واذا كان مراد القائل ما سهت فلا بد دفع ذلك بما ذكره الشارح في خبر والاولى كما لا يخفى بل لا بد من بيان الفرق (قوله فلان الصور وما يحصل منه الذهن الخ) أقول فعلى هذا يكون ذكر المعاني مستغنى عنه لعمه ما الصور ولها والاطهر ان المراد بالصو والاشكال

لأن الحيز صار عددياً وموزوناً فخرج من أن يكون مكياً من كل وجه والخططة مكيلة وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا خير فيه والفتوى على الأول وهذا إذا كانا قد بينا أن كانت الخططة نسبته جازاً أيضاً وان كان الحيز نسبته يجوز عند أبي يوسف رحمه الله وعليه الفتوى وكذا السلم في الحيز جائز في الصحيح ولا خير في استقراضه عدداً أو وزناً عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه يتفاوت بالحيز والجواز والتنور

الثلاثة (لأن الحيز صار) أما (عددياً) في عرف (أوموزوناً) في عرف آخر (فخرج من أن يكون مكياً من كل وجه والخططة مكيلة) بفرض كون الجنسية جمعاً ما اختلف القدر فخار التفاضل والدقيق أما كيلي فكذلك أو وزني على ما عليه عرف بلادنا من جعله وزناً لم يثبت الجنسية بينه وبين الحيز فيجوز التفاضل أيضاً وروى عن أبي حنيفة أنه لا خير فيه وهذه العبارة لنفي الجواز بطريق التأكيد للذكر في النفي وبهذا القول قال الشافعي وأحمد شيهته المتجانسة إذ في الحيز أجزاء الدقيق أو أن الدقيق بعرض أن يصير خبزاً فيشترط المساواة ولا يدرى ذلك (والفتوى على الأول) وهو الجواز وهو اختيار المتأخرين عدداً أو وزناً كيفما اصطالحوا عليه (وهذا إذا كانا قد بينا) فإما بهما نسبته (فإن كانت الخططة نسبته) أو الدقيق بأن أسلم الحيز به ما دفعه نقداً (جازاً أيضاً وان كان الحيز) نسبته بأن أسلم خططة أو دقيقاً في خبز لم يجوز عند أبي حنيفة لأنه لا يوقف على حسده فإنه يتفاوت في الصنعة بخمسة خبزاً وكذا عند محمد لأنه عددي عنده و يكون منسبته الثقل والخفيف (ويجوز عند أبي يوسف لأنه وزني) أو يجوز بشرط الوزن أن كان العرف فيه العدد والنضج وحسن العجن وصفات مضبوط نوعهما وخصوص ذلك القدر بعينه من العجن والنار مهدر واختاره المشايخ للفتوى إذا أتى بشرائطه لحاجة الناس لكن يجب أن يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمي حتى لا يصير استبدالاً بالمسلم فيه قبل قبضه إذا قبض بمقهوراً ما هو دون ما سمي صنعة وإذا كان كذلك فلا احتياط في منعه لأنه قل أن يقع الاختصاص النوع المسمى خصوصاً فيمن يقبض المسلم فيه في أيام متعددة كل يوم كذا كذا رغباً فقل أن لا يصير مستبدلاً (ولا خير في استقراض الحيز عند أبي حنيفة عدداً أو وزناً لأنه يتفاوت بالحيز والجواز والتنور) باعتبار كونه جديداً أو عتيقاً

اختلاف الجنس في الشيء ثلاثة أحدها اختلاف الأصول كالألبان البقر والغنم وكذا الخومها والثاني التبدل بالصنعة مع اتحاد الأصل كالوذاوي والزندنجي والحيز مع الدقيق وذ كرفي المبسوط وكذلك الزيت المطبوخ مع غير المطبوخ والدهن المربي بالنفسج مع غير المربي يجوز بيع رطل من المطبوخ والمربي برطلين من غير المطبوخ وغير المربي لأن تلك الرائحة بمنزلة زيادة في عينها وذ كرفي الذخيرة لو باع بقعته من حديد أو صغراً أو نحاس بمقحمتين من جنسهما يجوز يدايدلان الناس تركوا وزنهما مع الامكان وترك الوزن فيما ثبت الاصطلاح على الوزن اعراض عن الاصطلاح على الوزن ونحو وجهها عن الاصطلاح على الوزن لم يكن الا باعتبار الصنعة فعلم أن للصنعة تأثيراً في تغير الاجناس والثالث اختلاف المقصود وان لم يتبدل الأصل والصنعة كشمع المعز وصف الضان (قوله لأن الحيز صار عددياً) أي عند محمد رحمه الله أو موزوناً أي عند أبي يوسف رحمه الله (قوله ولا خير فيه) أي لا يجوز على وجه المبالغة لأنه منكرة في موضع النفي فتعم نفي جميع الخبيرة وكذا السلم في الحيز جائز في الصحيح احتراز به عما روي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز وفي المبسوط وأما السلم في الحيز فلا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله ولا يحفظ عنهما خلاف ذلك ومن أهم ما بينا من يقول يجوز عندهما على قياس السلم بالحم ومنهم من يقول لا يجوز لمسا على به في النوادر عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال لأنه لا يوقف على حده معناه أنه يتفاوت بالعجن والنضج عند الحيز ويكون منه الثقيل والخفيف ثم هذه العلة اعتبر أبو حنيفة فتوحاً لله الاستقراض فيه لأن السلم أو مع ما بينا من العرض حتى يجوز السلم في الشباب ولا يجوز الاستقراض فإذا لم يجوز السلم في الحيز بهذا المعنى فلا يجوز الاستقراض أولى وأبو يوسف رحمه الله يقول الحيز موزون عادة والاستقراض في الموزونات وزناً يجوز وفي الذخيرة ذ كرفي شيخ الاسلام

(وعليه الفتوى) وروى عن أبي حنيفة أنه لا خير فيه أي لا يجوز والتركيب للمبالغة في النهي لأنه منكرة في سياق النفي فتعم نفي جميع جهات الحيز وان كان الثاني فلا يخلو ما أن تكون الخططة والدقيق نسبته أو الحيز فان كان الأول جازاً لأنه أسلم موزوناً في مكيل يمكن ضبطها صفته ومعرفة مقدارها وان كان الثاني جازاً عند أبي يوسف رحمه الله لأنه أسلم في موزون ولا يجوز عندهما ما نذكر قال المصنف (والفتوى على قول أبي يوسف) وهذا يغني عن قوله وكذا السلم في الحيز جائز في الصحيح يعني قول أبي يوسف وانما كان الفتوى على ذلك لحاجة الناس لكن يجب أن يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمي لئلا يصير استبدالاً بالمسلم فيه قبل القبض ولا خير في استقراضه عند أبي حنيفة عدداً أو وزناً لأنه يتفاوت بالحيز من حيث الطول والعرض والغلط والرقعة والجواز باعتبار حدقه وعدمه والتنور في كونه جديداً فيجيء منه جديداً أو عتيقاً فيكون بخلافه وبالتقدم والتأخر فإنه في أول التنور لا يجيئ مثل ما في آخره وهذا هو المانع عن جواز السلم عندهما

وعند محمد يجوز استقراضه عددًا أو زنا ترك قياس السلم فيه للتعامل وعند أبي يوسف يجوز زنا ولا يجوز زهدا للتفاوت في آحاده قال (ولاربا بين المولى وعبد) لاربا بين المولى وعبد المأذون الذي لا دين عليه محيط برقبته لأن العبد وما في يده ملك مولاه فلا يتحقق البيع ولا يتحقق الربا فعدم تحقق الربا به وجود البيع بحقيقته في دار الاسلام مشتهرا على شرائط الر با دليل على عدم جواز البيع (فإذا كان عليه دين يتحقق الر بالان مافي يده ليس ملكا لمولاه عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما) وان كان ملكه لكن لما (تعلق به حق الغرماء صار كالأجنبي فيتحقق الر با كما يتحقق بين المكاتب ومولاه قال ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب) لاربا بين المسلم والحربي في دار الحرب عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله خلافا لأبي يوسف والشافعي رحمه الله لهما الاعتبار بالمستأمن من أهل الحرب (١٧٧) دارنا فإنه إذا دخل الحربي دارنا بامان وبإع دهره من بدرهم فانه لا يجوز فكذا إذا دخل المسلم دار الحرب وفعل ذلك لا يجوز بجامع تحقق الفضل الخالي عن العوض المستحق بقصد البيع ولا يحنيفة ومحمد ما روى مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لاربا بين المسلم والحربي في دار الحرب ذكره محمد

والمقدم والتأخر وعند محمد رحمه الله يجوز بهما للتعامل وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز زنا ولا يجوز عددا للتفاوت في آحاده قال (ولاربا بين المولى وعبد) لأن العبد وما في يده ملك مولاه فلا يتحقق الر با وهذا إذا كان مأذونا له ولم يكن عليه دين فان كان عليه دين لا يجوز لأن مافي يده ليس ملكا للمولى عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تعلق به حق الغرماء فصار كالأجنبي فيتحقق الر با كما يتحقق بينه وبين مكاتبه قال (ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب) خلافا لأبي يوسف والشافعي رحمه الله لهما الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا

قال المصنف (ولاربا بين المولى وعبد الخ) أقول قال العلامة الكاظمي في المبسوط فلو كان على العبد دين فليس بينهما ربا أيضا ولكن على المولى أن يرد ما أخذته على العبد لأن كسبه مشغول بحق غرمائه فلا يسلم له ما لم يفرغ من دينه كالأجنبي لا بجهة العقد سواء اشترى منه ردهما بدرهمين أولا لان ما أعطى ليس بعوض سواء قل أو كثر فعليه رد ما قبض لحق الغرماء وكذا أم الولد والمدير لأن كسبه مال بخلاف المكاتب لان المكاتب صار كالحريدا وتصرفا في كسبه فيجوز الربا

(والتقديم) في التنوير (والتأخير) عنه ويتفاوت جودة خبره بذلك إذا منع أبو حنيفة السلم فيه وباب السلم أوسع حتى جاز في الثياب ولا يجوز استقراضها فهو لا يستقرضه (ومنعه) وعند محمد رحمه الله يجوز بهما أي عددا أو زنا (للتعامل) بين الحريين بذلك والحاجة قد تدعو إلى ذلك بين الحريين (وعند أبي يوسف يجوز زنا لا عددا للتفاوت في آحاده) ومحمد يقول قد أهدر الحريان نغوانه وبينهم يكون اقتراضه غاليا والقياس بترك التعامل وجعل التأخر والغتوى على قول أبي يوسف وإنما أرى أن قول محمد أحسن (قوله ولا ربا بين المولى وعبد) أي المأذون غير المدون لانه وما في يده مولاه فلا يتحقق الر با لعدم تحقق البيع وكذا المدير وأم الولد (فان كان عليه دين لا يجوز) أي البيع بطريق الر با (أما عند أبي حنيفة) فعدم ملكه ما في يده عند المأذون المدون فهو أجنبي عنه فيتحقق الر با بينهما (وعندهما) ان لم يزل ملكه ما في يده لكن (تعلق بها) في يده (حق الغرماء فصار) المولى (كأجنبي) عنه (فيتحقق الر با) بينهما (كما يتحقق بينه وبين مكاتبه) وفي المبسوط ذكر أنه لا يتحقق الربا بينهما مطلقا ولكن على المولى أن يرد ما أخذته على العبد لأن كسبه مشغول بحق غرمائه فلا يسلم له ما لم يفرغ من دينه كالأجنبي لا بجهة البيع سواء كان اشترى منه ردهما بدرهمين أولا بخلاف المكاتب لانه صار كالحريدا وتصرفا في كسبه فيجوز الربا بينهما (قوله ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب) خلافا لأبي يوسف والشافعي ومالك وأحمد وعلي هذا الخلاف الربا بين المسلم الأصلي والمسلم الذي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إليها فباع مسلم دخل اليهم مستأمناد ردهما بدرهمين حل وكذا إذا باع منهم مائة أو خنزيرا أو قاصرمهم وأخذ المال يحصل كل ذلك عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف ومن ذكرنا (لهم) إطلاق النصوص فانهم لم تعيد المنع مكان دون مكان والقياس على المستأمن منهم في دارنا فان الربا يجوز بين المسلم

نحوها ردهما رحمه الله لا يجوز السلم في الخبز عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله لا وزنا ولا عددا وعلى قول أبي يوسف رحمه الله أنه يجوز زنا واختار المشايخ للفتوى قول أبي يوسف رحمه الله إذا أتى بشرائطه لحاجة الناس لكن يجب أن يحاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمي حتى لا يصير استبدالا بالمسلم فيه وقت القبض (قوله والتقدم والتأخر) يعني في أول التنوير وفي آخره (قوله هذا إذا كان مأذونا له) ولم يكن عليه دين لانه حينئذ لا يتحقق البيع فلا يتصور الربا (قوله لهما الاعتبار بالمستأمن) أي يتحقق الربا بين المسلم

(٢٣ - (فتح القدير والسكافيه) - سادس)

انه لا ربا بين المولى وعبد إذا كان على العبد دين وما ذكر في الكتاب يدل على جريان الربا بينهما إذا كان عليه دين وأهل مافي المبسوط على مذهب الإمامين فان المولى يملك كسب المدون عندهما كما يجبي في المأذون فراجع (قوله لان العبد وما في يده ملك مولاه فلا يتحقق البيع) أقول أي مع عدم تعلق أحد به وانما قد نأخذ ذلك لئلا يرد على التفرع اشكال بان مجرد الملكية لا يبقى البيع إلا يرى إلى ما استدلل به أبو يوسف ومحمد على تحقق الربا بينهما إذا كان العبد مدونا فليتأمل (قوله وعدم تحقق الربا) أقول تأمل في صحة هذا التفرع يسع فانه يلزم منه المصادرة (قوله بعد ذلك البيع بحقيقته الخ) أقول أي صوره وظاهر (قوله صار كالأجنبي فيتحقق الربا) أقول أي شبهته إذا شبهة كاذبة في المحرمات

८५

*** رباب! حقوق ***

وَمَالُ أَهْلِ الْحَرْبِ غَيْرُ مَحْظُورٍ إِلَّا لِعَارِضٍ مِنَ الْغَدْرِ فَلَيْتَ مَلِ

المواد من النصوص الريافية مال محظ

ذكر ثلاثة أسماء المنزل والبيت والدار فسرهم ليسين ما يسترتب على كل اسم منها من الاحتياج الى تصريح ما يدل على المرافق لدخولها وعدمه قال الدار اسم لما ادبر عليه الحدود والبيت اسم لما يبيت فيه والمنزل بين البيت والدار لانه يتأق فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور لعدم اشتماله على منزل الدواب واذا عرف هذا فمن اشترى منزلاً فوق منزله لا يدخل الاعلى في العقد الا ان يشتره ويصرح بذلك كراحدى هذه العبارات الثلاث بان يقول بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه (ومن اشترى بيتاً فوق بيت) وذكر كراحدى العبارات الثلاث (لم يدخل الاعلى ومن اشترى داراً بحدودها) ولم يذكر شيئا من ذلك (دخل فيه العلو والكثيف) وهذا لان الدار لما كان اسماً لما ادبر عليه الحدود والعلو ليس بخارج عنها وانما هو من توابع الاصل واجزائه فدخل فيه والبيت اسم (١٧٩) لما يبيت فيه والعلو مثله فلا يدخل فيه الا بالتخصيص بذكره

والا لكان الشيء تابعاً له وهو لا يجوز ولا يشك بالمستعير فان له ان يعبر فيما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب فان له ان يكتب لان المراد بالتبعية ههنا ان يكون اللفظ الموضوع لشيء يتبعه ما هو مثله في التحول تحت الدلالة لانه ليس بلفظ عام يتناول الافراد اذ فرض المسئلة في معلوم ولان لوازمه وليس في الاعارة والكتابة ذلك فان لفظ المعبر عنك لم يتناول عاربة المستعير أصلاً لا متعللاً وأما ملك الاعارة لانها تملك المنافع ومن ملك شيئاً جاز أن يملكه غيره وأما ملكه فيما يختلف باختلاف المستعمل حذر من وقوع التعبير به والمكاتب لما اختص بمكاسبه كان احق بتصرف ما يوصله الى مقصوده وفي كتابة عبده تسبب الى ما يوصله الى ذلك فكانت جائزة وأما المنزل فلما كان

بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه ومن اشترى بيتاً فوق بيت بكل حق لم يكن له الاعلى ومن اشترى داراً بحدودها فله العلو والكثيف) جميع بين المنزل والبيت والدار فاسم الدار ينظم العلوانه اسم لما ادبر عليه الحدود والعلو من توابع الاصل واجزائه فدخل فيه والبيت اسم لما يبيت فيه والعلو مثله والشئ لا يكون تبعاً له فلا يدخل فيه الا بالتخصيص عليه والمنزل بين الدار والبيت لانه يتأق فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور واذا لا يكون فيه منزل الدواب فله الدار يدخل العلو فيه تبعاً عند ذكر التوابع واشبهه بالبيت لا يدخل فيه بدونه وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك لان كل مسكن يسمى

لا يستتبع مثله بل ما هو أدنى منه وأورد المستعير ان يعبر بما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب يكتب عبده فاجيب بان ذلك ليس بطريق الاستتباع بل لما ملك المستعير المنفعة بغير بدل كان له ان يملك ما ملك كذلك والمكاتب يعقد الكتابة لما صار أحق بمكاسبه كان له ذلك لان كتابته عبده من اكسابه والمنزل فوق البيت دون الدار وهو اسم لما كان يشتمل على بيتين أو ثلاثة ينزل فيها ليل ونهار وله ما يخرج وموضع قضاء الحاجة فيتأق فيه السكنى بالعيال مع ضرب قصور واذا ليس له حصن غير مسقف ولا اصطبل الدواب فلكون البيت دونه صلح أن يستتبعه فله الدار يدخل العلو فيه تبعاً عند ذكر التوابع غير متوقف على التخصيص عليه باسمه الخاص وهو أن يشتره بكل قليل وكثير هو فيه أو منه أو بكل حق له أو بمرافقه واشبهه بالبيت لا يدخل بلاذكر زيادة الدار اسم لما ادبر عليه الحدود وتشتمل على بيوت واصطبل وحصن غير مسقف وعلو مجمع فيها بين الحصن للاسترواح ومنافع الابنية للاسكان ولا فرق بين كون الابنية بالتراب والماء أو بالحياض والقباب والعلو من

لشبهه بالدار ولا يدخل بدونه لاشبهه بالبيت (قوله بكل حق هو له) أي للمنزل من الطريق والمسبل أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه نحو الميزاب أو منه كالكتيف ونحوه أي يدخل الاعلى بواحد من هذه اللفاظ الثلاثة (قوله والشئ لا يكون تبعاً له) فان قيل يشك على هذا المستعير فان له ان يعبر فيما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب فان له ان يكتب فلما المراد من عدم التبعية ههنا في اللفظ الواحد بان يكون اللفظ موضوعاً لشيء فمعه ذكر الشيء أن يدخل هو ومثله فانه لا يصح بل ما كان تبعاً لذلك الشيء يدخل تبعاً للمدكور الذي وضع له اللفظ مقصوداً وأما في الاعارة والمكاتب لم يتبع اللفظ ما هو مثله أيضاً ولكن لما عار الرجل فقد ملكه المنافع ولا يلة الاعارة للمستعير انما نشأت من تلك المنافع كالمالك الا أنه لم يملك فيما يختلف باختلاف المستعمل بخلاف المالك لان المستعير امانة في يده وفيما يختلف باختلاف المستعمل احتمال وقوع التعبير فيه بسبب استعمال المستعير الثاني فنع عنه حذر عن وقوع التعبير به وكذلك المكاتب لما اختص بمكاسبه كان احق بتصرف يوصله الى مقصوده وفي كتابة عبده تسبب الى ما يوصله الى مقصوده عس (قوله عند ذكر التوابع) وهو قوله بكل حق أو أمثاله (قوله وقيل في عرفنا العلو يدخل في جميع ذلك) قالوا الجواب

شبهها بكل منهما أخذ حطاً من الجانبين فله الدار يدخل العلو فيه تبعاً عند ذكر التوابع واشبهه بالبيت لا يدخل بدونه (وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك) أي الدار والبيت والمنزل لان كل بيت يسمى جانه ولا يتخلو عن علو وفيه نظر لان الخلو وعدمه لم يكن له مدخل في الدليل (قوله فسر) أقول أي فسر كل واحد (قوله بكل حق هو له) أقول الباء للمصاحبة (قوله لان المراد بالتبعية ههنا) أقول تعليل لقوله ولا يشك الخ والحق ان نعم لدخول المثل اذا ذكر ما يدل على توابع الشيء بحسب التوابع (قوله لانه ليس بلفظ عام الخ) أقول تعليل لعدم جواز التبعية بالمعنى المذكور (قوله ولا من لوازمه) أقول أي من لوازم المعنى الموضوع له (قوله يدخل العلو فيه تبعاً) أقول فيه بحث فانه يدخل في اللفظ الدال على التوابع أصلاً لا في المنزل تبعاً

ويقال معناه أن البيت في عرفنا لا يتخلو عن علو وانه يدخل في عرفنا فكان الدليل الدال من حيث اللغة على عدم الدخول مثر وكابا يعرف
وكي يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف (١٨٠) وهو المستراح لانه من توابعه ولا تدخل الظلة وهو الساباط الذي يكون أحد طرفيه

بالقارسية خانه ولا يتخلو عن علو وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لانه من توابعه ولا تدخل الظلة
الابد كرماد كرماد أي حنيقة وجهه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مقفحه
في الدار يدخل من غير ذلك كرماد كرماد أي حنيقة وجهه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مقفحه
أو مسكننا لم يكن له الطريق الآن يشتريه بكل حق هوله أو بمرافقة أو بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسبل
لانه خارج الحدود لانه من التوابع فيدخل بذ كرماد كرماد أي حنيقة وجهه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مقفحه

توابع الاصل وأجزائه فيدخل فيه بلاذ كرماد كرماد أي حنيقة وجهه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مقفحه
المستراح أما الظلة وهو الساباط الذي يكون أحد طرفيه على الدار والآخرة على دار أخرى أو على اسطوانة في
السكة ومقفحه في الدار المبينة فعند أي حنيقة لا يدخل في بيع الدار ما لم يقل ما كرماد كرماد أي حنيقة وجهه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مقفحه
أو مرافقه أو بكل قليل أو كثير هو فيها أو منها لانه أي الظلة بنا ويل الساباط (مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مقفحه
فاخذ حكمه وعندهما ان كان مقفحه في الدار يدخل) بلاذ كرماد كرماد أي حنيقة وجهه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مقفحه
تبع الدار كالكنيف الشارع قالوا هذا في عرفهم أي عرف أهل السكوة (أما في عرفنا يدخل العلو) من غير
ذ كرماد كرماد أي حنيقة وجهه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مقفحه
علو سواء كان صغيرا كالبيت أو غيره الادار السلطان تسمى سراي (قوله ومن اشترى بيتا في دار أو منزلا)
فيها (أو مسكننا) فيها (لم يكن له الطريق) في هذه الدار إلى ذلك المشتري (الآن يشتريه بكل حق أو بمرافقة
أو بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسبل لانه خارج الحدود لانه من التوابع فيدخل بذ كرماد كرماد أي حنيقة وجهه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مقفحه
المراد الطريق الخاص في مائة انسان فاما طريقها إلى سكة غير نافذة وإلى طريق عام فيدخل وكذا ما كان
له من حق تسهيل الماء والقاء الثلج في مائة انسان خاصة وقال نخر الاسلام اذا كان طريق الدار المبينة أو مسبل
مائها في دار أخرى لا يدخل من غير ذلك كرماد كرماد أي حنيقة وجهه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مقفحه
تعليه بقوله لانه ليس من هذه الدار يقتضي ان الطريق الذي في هذه الدار يدخل وهو غير ما في الكتاب فالحق
أن كلا منهما لا يدخل لانه وان كان في هذه الدار فلم يشتر جميع هذه الدار عما اشترى شيئا معينة منها فلا يدخل
ملك البائع أو ملك الاجنبي الا بد كرماد كرماد أي حنيقة وجهه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مقفحه
لا يستحق الطريق بغير حجة ولكن له أن يرد بها بالعيب وكذلك كانت جذوع دار أخرى على الدار المبينة فان
كانت للبائع يؤمر برفعها وان كانت لغيره كانت بمنزلة العيب وكذلك الوطهر في الدار المبينة طريق دار أخرى
أو مسبل ماء فان كانت تلك الدار للبائع فلا طريق له في الدار المبينة وقوله (بخلاف الاجارة) متصل بقوله لم

على هذا التفصيل بناء على عرف أهل السكوة وفي عرفنا يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لانه من توابعه ولا تدخل الظلة
أو الدار لان كل مسكن يسمى خانه سواء كان صغيرا أو كبيرا الادار السلطان تسمى سراي (قوله ولا تدخل
الظلة الا بد كرماد كرماد أي حنيقة وجهه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مقفحه
والطرف الآخرة على دار أخرى أو على اسطوانة في السكة ومقفحه في الدار يدخل كرماد كرماد أي حنيقة وجهه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مقفحه
ظلة الدار يريدون به السدة التي فوق الباب (قوله لم يكن له الطريق) يعني الطريق الخاص في مائة انسان
فاما طريقها إلى سكة غير نافذة وإلى طريق عام فيدخل وكذا ما كان لها من حق تسهيل الماء والقاء الثلج
في مائة انسان فلا يدخل كذا في شرح الطهاري وفي الذخيرة بذ كرماد كرماد أي حنيقة وجهه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مقفحه
وقت البيع لا الطريق الذي كان قبله حجة أن من سطر طريق منزله وجهه على طريقا آخر وباع المنزل
بحقوقه يدخل تحت البيع الطريق الثاني لا الاول (قوله بخلاف الاجارة) فان هذه الاشياء تدخل فيها وان

على الدار المبينة والطرف
الآخرة على دار أخرى أو
على الاسطوانة في السكة
ومقفحه في الدار كذا في
الجامع الصغير لقاضيخان
وفي المغرب وقول الفقهاء
ظلة الدار يريدون السدة
التي فوق الباب الا بد كرماد
ما كرماد وهو قوله بكل حق
هوله عند أي حنيقة لانه
مبني على هواء الطريق
فاخذ حكمه وعندهما ان كان
مقفحه في الدار يدخل
من غير ذلك كرماد كرماد أي حنيقة وجهه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مقفحه
يعني من العبارات المذكورة
لانه من توابعه فشابه الكنيف
وقوله ان كان مقفحه في الدار
يضعف قول قاضيخان في
تعريف الظلة لانه جعل المقفح
في الدار قال (ومن اشترى
بيتا في دار أو منزلا أو مسكننا
لم يكن له الطريق) الآن
يد كرماد أي حنيقة وجهه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مقفحه
الثلث (وكذلك الشرب
والمسبل) لانه خارج الحدود
لكنه من التوابع فلم يدخل
فيه نظرنا إلى الاول ودخل
بذ كرماد كرماد أي حنيقة وجهه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مقفحه
حق نظرنا إلى الثاني (بخلاف
الاجارة) فان الطريق
تدخل استجار الدور والمسبل
والشرب في استجار الاراضي
وان لم يذ كرماد كرماد أي حنيقة وجهه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مقفحه
والمرافق لان الاجارة تنعقد

لتمليك المنافع ولهذا لا تصح فيما لا ينتفع به في الحال كالارض السبعة والمهر الصغير بالانتفاع بالدار بدون الطريق
وبالارض بدون الشرب والمسبل لا ينتفع اذ المستاجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستاجر فلا بد من الدخول تحصيله لا لفائدة المطلوبة منه
(قوله الا بد كرماد كرماد أي حنيقة وجهه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مقفحه
أقول الاستثناء ناظر إلى قوله ولا تدخل الظلة وقوله وهو راجع إلى ما في قوله ما كرماد كرماد أي حنيقة وجهه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مقفحه

وأما البيع فلهذا العين
للا منفعة ولهذا يجوز بيع
الانتفاع به في الحال كالارض
السبعة والمهر والانتفاع
بالبيع يمكن بدونه لأن
المشتري يشتري الطريق
والشرب والمسيل عادة
ووحده الضمير لكل واحد
أو بتأويل المذكور وقد
يستأجرها لضافه تكون
مقصودة للتجارة فيبيع من
غيره فحصلت الفائدة
المطلوبة

(قوله وأما البيع فلهذا العين الخ) أقول مقتضى
كلام المصنف ان كليهما
يعتقد الانتفاع لكن
الانتفاع في الاجارة لا يمكن
بدونه بخلاف البيع
فشرحه لا يوافق ظاهر
المشروح وأيضا ان أراد
بقوله لا المنفعة انه ليس
لتمليكها فقط فممنوع ولا
يفسد وان أراد انه ليس
لتمليكها أصلا فليس بل هو
لتمليك العين والمنفعة أيضا
والانتفاع بالمهر والارض
السبعة يمكن على ما ذكره
يدفع بان براد المنفعة
في الحال فيأتمل فان البيع
من غيره ليس منفعة في الحال
(قوله لا المنفعة) أقول يعني
في الحال (قوله ووحده الضمير
الخ) أقول أي ووحده الضمير
في قوله يشتريه أو في قوله
بدونه ونحن نقول فيه بحث
فان توحيد الضمير لكونه
للتأثير في يسهل ذلك قوله
لا يشتري الطريق وحكم
الشرب والمسيل يعلم بالمقابلة
كلا يعني

الايه اذا المشتري لا يشتري الطريق عادة ولا يشتريه فيحصل فحصول الفائدة المطلوبة منه أما الانتفاع
بالبيع يمكن بدونه لأن المشتري عادة يشتريه وقد يعبر فيه فيبيع من غيره فحصلت الفائدة والله تعالى أعلم

يكن له الطريق يعني في الاجارة يدخل الطريق والشرب والمسيل لان المقصود منها الانتفاع ولا انتفاع بغير
دخول هذه الاشياء والبيع ليس كذلك فان المقصود منه في الاصل ملك الرقبة لا الانتفاع بعينها عينابل اما
كذلك أو يعبر فيها أو يأخذ نفعها لم تعبر فائدة للبيع فلا يلزم ولهذا جاز بيع الخش كالأول وان لم ينتفع
به في الحال وكذا الارض السبعة ولا تصح اجارة ذلك وفي الكافي ولهذا الواجب على الواسطة ثلثي الطريق
فسدت الاجارة بخلاف ما لو اشترى علوا واستثنى الطريق يصح ولو استحق العلو ثم اجبر بالبيع صح لان القضاء
بالاستحقاق لا يوجب انفساخ البيوع الماضية في ظاهر الرواية ولا شيء لصاحب ساحة العلو من الثمن لانه
مقابلته البيع والمبيع البناء لا الساحة لان حقه في الهواء فان قيل ما ذكرتم بشكل القسمة في دار بين
رجلين وفيها صفة فيها بيت وبابه في الصفة ومسبل مظهر البيت على ظهر الصفة فاقسمها فاصاب الصفة
أحدهما وقطعة من الساحة ولم يذ كر واطرية ولا مسيلا وصاحب البيت لا يستطيع أن يغتصب به فيما
أصابه من الساحة ولا يقدر أن يسبل مائه في ذلك فالقسمة فاسدة فلي قيس ما ذكرتم في الاجارة ينبغي أن
يدخل الطريق والمسبل وان لم يذ كر الحقوق فخر بالجواز القسمة كما أدخلتموها فخر بالجواز الاجارة أجيب
بان الفرق بينهما لان موضع الشرب ليس مما تناوله الاجارة وانما يتوسل به الى الانتفاع والاجر انما
يستوجب الاجرة اذا تمكن المستأجر من الانتفاع في ادخال الشرب بغير توفير المنفعة عليهما هذا بالاجرة وهذا
بالانتفاع أما هنا فموضع الطريق والمسبل داخل في القسمة لانهما كانا داخلين في الملك المشترك فوجب
القسمة اختصاص كل منهما بما هو نصيبه فلو أثبتنا لأحدهما حقه في نصيب الآخر تضرر به الآخر ولا يجوز
الاضرار دون رضاه وانما دليل الرضا اشتراط الحقوق والمرافق واعلم انه اذا ذكر الحقوق في البيع وهو
يجب يمكنه احداث طريق فيما اشتراه وتسبيل مائه فيعلم يلزم ذلك الطريق والمسبل وفي القسمة اذا ذكر
الحقوق وأمكنه الطريق والتسبيل فيما أصابه ليس له ذلك بل يتطرق ويديل فيما أصابه فطوب بالفرق
والفرق أن البيع ایجاد الملك من العدم المقصد الانتفاع به وان لم يلزم فيه ذلك فاشترطه يتم مطلقا والمقصود
بالقسمة تمييز الملك الثابت لهما لئلا يمتنع به على الخصوص بحيث لا يشركه فيه أحد الا لزم يرد ذلك
الخصوص لم يكن حاجة الى القسمة وانما يتم هذا اذا لم يدخل الطريق والمسبل فلا يدخلان الا بوضاهم
ولا يكفي فيه ذكر الحقوق والمرافق

لم يذ كر الحقوق لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع بدون الطريق والمسبل والشرب فيدخل ضرورة
تصحيح العقد فاما البيع فانه موضوع لملك العين لا الانتفاع بشئ معين ولهذا يجوز بيع ما هو غير منتفع به
في الحال كالمهر الصغير والخش والارض السبعة ولا يجوز اجارته في الفوائد فرق بين الاجارة وبين القسمة
فان المهر اذا كانت بين رجلين وفيها صفة فيها بيت وباب البيت في الصفة ومسبل مظهر البيت على ظهر
الصفة فاقسمها فاصاب الصفة أحدهما وقطعة من الساحة ولم يذ كر واطرية ولا مسيلا ماء وصاحب
البيت لا يستطيع أن يغتصب به فيما أصابه من الساحة ولا يقدر أن يسبل مائه في ذلك فالقسمة فاسدة ولم يدخل
الطريق والمسبل بدون ذلك كالحقوق والمرافق فخر بالجواز القسمة كافي الاجارة والفرق أن في الاجارة
موضع الشرب ليس مما تناوله الاجارة ولكن يتوسل به الى الانتفاع بالمستأجر والاجر انما يستوجب الاجرة
اذا تمكن المستأجر من الانتفاع في ادخال الشرب بغير توفير المنفعة عليهما فاما هنا فموضع الطريق والمسبل داخل
في القسمة وموجب القسمة اختصاص كل واحد منهما بما هو نصيبه فلو أثبتنا لأحدهما حقه في نصيب
الآخر تضرر به الآخر الا اذا ذكر الحقوق والمرافق لانه دليل الرضا ثم فرق بين البيع والقسمة حيث
يدخل الطريق والمسبل في البيع اذا ذكر الحقوق وان أمكنه أن يغتصب الباب فيما ابتاعه ويسبل مائه فيه وفي

ذكر هذا الباب بعقب باب الحقوق للمناسبة التي بينهما لفظا ومعنى قال (ومن اشترى جارية فولدت عنده لا باستيلاده) فاستحقها رجل بيئته فانه ياخذها وولدها وان اقر المشتري بها لم يتبعها وولدها ووجه الفرق ما ذكره ان البيئته حجة مطلقة في حق الناس كافة ولهذا اذا اقامها ولم يجز البيع يرجع المشتري بالثمن على البائع وترد جميع الباعة بعضهم على بعض فيظهر بهاملكه من الاصل والولد كان متصلا بها ويتفرع عنها وهي ملوكة فيكون له وأما الاقرار فحجة فاصرة لانعدام الولاية على الغير يثبت الملك في الخبر به ضرورة صحة الاخبار لان الاقرار اخبار والاخبار لا بد له من خبر به والثابت بالضرورة يتقدر به والضرورة وهي تندفع باثباته بعد الانفصال فيقتصر على الحال فلا يظهر ملك المستحق (١٨٢) من الاصل ولهذا يرجع المشتري على البائع بالثمن ولا الباعة بعضهم على بعض فلا

(باب الاستحقاق)

(باب الاستحقاق)

(ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بيئته فانه ياخذها وولدها وان اقر المشتري بها لم يتبعها وولدها) ووجه الفرق ان البيئته حجة مطلقة فانها كاسمها مينة فيظهر بهاملكه من الاصل والولد كان متصلا بها فيكون

(باب الاستحقاق)

حق هذا الباب ان يذكر بعد تمام أبواب البيع لانه طهور عدم الصحة بعد التمام طاهرا ولكن لما يناسب الحقوق لفظا ومعنى ذكر عقبيه (قوله ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل) فان كان (بيئته) استحق ولدها معها وأرسلها كان (وان) كان (ب) مجرد (اقرار) المشتري (لهما) لا يستحق الولد بذلك (ووجه الفرق ان البيئته حجة مطلقة) أي ثابتة في حق جميع الناس غير مقصورة على المقضى عليه (فانها كاسمها مينة) لما كان ثابتا في نفس الامر قبل الشهادة به لان الشهود لا يثبتون من اثبات ملك في الحال لم يكن ثابتا في الاصل ولا القاضى وانما تظهر البيئته ما كان ثابتا قبله قبله لا تنقضي عنده عند معين ولهذا ترجع الباعة بعضهم على بعض فيما اذا اشترى واحد من آخر واشترى من الآخر وهكذا ثم ظهر الاستحقاق بقضاء بالبيئته فانه يثبت انه قضاء على الكل ولا تسمع دعوى أحدهم انه ملكه لان الكل صاروا مقضيا عليهم بالقضاء على المشتري الاخير كالأول اذ ثبت في الاخبار انهم باحرة الاصل حيث يرجعون فالولد كان متصلا بها في الزمان الذي ينسحب عليه اظهر البيئته الملك فيكون له (أما الاقرار فحجة فاصرة) على المقر حتى لا يتعدى الى غيره لانه لا ولاية له على غيره ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن في الاستحقاق بالاقرار وانما جعل حجة لضرورة تصحيح خبره وذلك يحصل باثباته في الحال والولد في الحال منفصل عنها والاقرار انما هو بمقتضى فلا يعمد اليه وهذا الترجيح يقتضى أنه لو ادعاه المقر له لا يكون له وذكر التمرناشي أنه انما لم يكن للمقر له اذ لم يدعه فلو ادعاه كان له لان الظاهر أنه لو اذ قلنا ان الولد للمستحق بالبيئته فمقتضى القاضى

يكون الولد له يعني اذ لم يدع المقر له الولد أما اذا ادعى الولد كان له لان الظاهر انه كذا في النهاية نقل عن التمرناشي ثم اذا قضى بالام للمستحق بالبيئته هل يدخل الولد في القضاء بالام تبعا أم لا قيل يدخل لتبعيته لها وقبل يشترط القضاء بالولد على حدة لانه يوم القضاء منفصل عن الأم فكان مستقدا فلا بد من الحكم به قبل وهو الاصح لان المسائل تشير الى ذلك قال محمد رحمه الله اذا قضى القاضى بالاصل ولم يعرف الزوائد لم تدخل الزوائد تحت الحكم وكذا الولد اذا كان في يد رجل غائب فالقضاء بالام لا يكون قضاء بالولد

(باب الاستحقاق)

قال المصنف (وقيل يشترط القضاء بالولد) أقول في النهاية ومعراج الرواية ثم القضاء باستحقاق المبيع على المشتري لا يوجب انفساخ العقد الذي جرى بينه وبين البائع ولكن يوجب وقفه على اجازة

(باب الاستحقاق)

(قوله ان البيئته حجة مطلقة) حتى تظهر في حق كافة الناس لان البيئته تصير حجة بالقضاء والقاضى ولاية عامة فيتعدي الى الكل وأما الاقرار فحجة فاصرة لانه لا يتوقف على القضاء وله ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه ولهذا يرجع الباعة بعضهم على بعض لو استحق بالبيئته ولا يرجع في الاقرار وفي الفوائد الملك لا بد له من زمان ومن سبب وفي الأزمان والاسباب تراحم والزمان الذي فيه ابتداء حدوث الملك لا تراحم زمان آخر فكان

المستحق انتهى وفي غاية البيان خلاف ذلك وفي الفتاوى للآمرناشي طاهر الرواية أنه لا ينسخ وقال ابن الهمام وفي وقيل الذخيرة ما يجب اعتباره في فصل الاستحقاق ان استحقاق المبيع يوجب توقف العقد السابق على اجازة المستحق ولا يوجب نقض في ظاهر الرواية انتهى واعلم ان المقتضى في ان البيع متى ينسخ أقوال قبل اذ قبض المستحق وقيل بنفس القضاء والصحيح انه لا ينسخ ما لم يرجع المشتري على بائعه بالثمن حتى لو اجاز المستحق بعد ما قضى أو بعد ما قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه يصح انتهي كلام ابن الهمام (قوله وهي ملوكة فيكون له) أقول الواو في قوله وهي حالية (قوله والاخبار لا بد له) أقول أي لصدقه (قوله من خبر به) أقول يعني بحق (قوله أما اذا ادعى الولد كان له لان الظاهر أنه له) أقول لكن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق

له أما الاقرار بجهة فاصرة يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار وقد اندفعت بآثاره بعد الانفصال فلا يكون
الوالد ثم قبل يدخل في القضاء بالام تبعا وقبل بشرط القضاء بالولد واليه تشير المسائل فان القاضي اذا
لم يعلم بالزوائد قال بمحدره لا تدخل الزوائد في الحكم فكذا الوالد اذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم
بالام تبعا

بالام هل يدخل في القضاء فيصير هو ايضا مقضيه قيل نعم تبعا كما أن ثبوت استحقاقه تبعا (وقيل) لا بل
(يشترط القضاء بالولد ايضا) لانه اصل يوم القضاء لانفصاله واستقلاله فلا بد من الحكم به وهو الاصح
من المذهب قال المصنف (واليه تشير المسائل) التي ذكرها محدره ما قد عدا قال اذا قضى القاضي
بالاصل ولم يعلم الزوائد تدخل الزوائد تحت الحكم وكذا اذا كانت الزوائد في يد غائب لم تدخل بحيث
لم يدخل القضاء على الغائب في ضمن القضاء على الحاضر وهو امر جائز عرف أنه يشترط القضاء بالولد
بخصوصه ثم ذكر في النهاية أن القضاء باستحقاق المبيع على المشتري لا يوجب انعساخ العقد الذي بينه
وبين البائع ولكن يوجب توقفه على اجازة المستحق وتبعه الجعالة فاعترضه شارح بان غاية ما في الباب
أن يكون بيع فضولي يعني بائع المشتري الذي قضى عليه بالاستحقاق وفيه اذا وجد عدم الرضا ينفسخ
العقد واثبات الاستحقاق دليل على عدم الرضا يعني الموقوف المنسوخ لا تلحقه الاجازة واستوضحه بما في
الفتاوى الصغرى اشترى شيئا ثم استحق من يده ثم وصل الى المشتري يوما لا يوم بالتسليم الى البائع لانه وان
جعل مقرا بالملك للبائع امكن بمقتضى الشراء وقد انفسخ الشراء بالاستحقاق فينفسخ الاقرار ثم قال لا حرم لو
اشترى عبدا قد اقرصا أنه ملك البائع ثم استحق من يده ثم وصل الى المشتري ثم وصل اليه يوما
يومر بالتسليم الى البائع لان اقراره بالملك له لم يطل ونقوله من يده ثم وصل اليه يوما ثم وصل اليه يوما
صاحب النهاية هو المتصور وقوله اثبات الاستحقاق دليل على عدم الرضا ان أراد دليل عدم الرضا بالبيع فليس
بلازم لم لا يجوز أن يكون دليل عدم الرضا بان يذهب من يده مجانا وذلك لانه لو لم يدع الاستحقاق ويثبت استحقاق
يد المشتري من غير أن يحصل له عينه ولا بدله فائتبه ليحصل أحدهما اما العين أو البديل بان يجيز ذلك البيع
ويصل الثمن اليه فظهر أن اثبات الاستحقاق ليس ملازم لعدم الرضا بالبيع بل المحقق أنه ملازم لعدم الرضا
بذاته وبذهاب بدل عينه وأما استرضيه من الفتاوى الصغرى فليس مفسدا لانه لان المذكور فيها استحق
من يده ثم وصل اليه ومعنى هذا أنه أخذ عينه من يده ثم وصل اليه ولا شك أنه اذا اتصل بآثاره
للاستحقاق أخذ المستحق للعبد بعينه فلا بد أن يرجع المشتري بالثمن ممن هو في يده فقد ظهر منه عدم الرضا
بالبيع والام لا يأخذوا جازة فاین هذا من مجرد اثبات الاستحقاق والقضاء به حتى ظهر ملكه في يده سبحانه هو
الفتاح الجواد لانه غير ولا مرجع الاخير في النسخة مما يجب اعتباره في فصل الاستحقاق أن استحقاق
المبيع يوجب توقف استحقاق العقد السابق على اجازة المستحق ولا يوجب نقضه في ظاهر الرواية انتهى

نعيّن ذلك الزمان أولى والنتائج أيضا سبب لا راجح سبب آخر فكان تعيينه سببا أولى ولهذا قلنا لو ادعى ملكا
مطلقا ثم ادعى ملكا بسبب صحت الدعوى وعلى العكس لا تصح لان في الفصل الاول ادعى ما هو ناقص وفي
الفصل الثاني ادعى ما هو زائد ولا يقال الملك المطلق لو كان ثبوته من الاصل وجب أن لا يترجى بينة النتائج على
بينة الملك المطلق لان ثبوت الملك من الاصل في النتائج قطعي وهذا ثبوته ضرورة دلالة الدليل فلا يعارض
الثابت قطعا ولا يقال بان ما ذكره من تعلو الأزمان والسبب موجود في الاقرار ولا يقضى بالملك فيه
من الاصل لان الاقرار اخبار صيغة تملك معنى لان الملك ثابت للمقر بظاهر يده وأنه ملك انشاء سبب الملك
لغيره فمن حيث انه اخبار ان كان يوجب ثبوته في الولد كافي البينة فمن حيث انه تملك لا يوجب استحقاق
الولد فلا يثبت الاستحقاق في الولد بالشك فما الشهادة فاجابوا من كل وجه والشاهد ان لا يملك كان التملك
من المشهود له فاعتبر اخبارا من كل وجه فثبت الاستحقاق من الاصل (قوله يثبت الملك في المخبر به) وهو

قال (ومن اشترى عبدا فاذا

هو حرا) رجل قال لاخر
اشترى فاني عبدا فاشتره
فاذا هو حرا فلا يخلو اما ان
يكون البائع حاضرا او غائبا
غيبه معروفة واما ان يكون
غائبا غيبه منقطعة لا يدور
(أب هو) فان كان الاول
فليس له على العبد شيء وان
كان الثاني رجع المشتري
على العبد والعبد على البائع
وان لم يقل اني عبدا ليس على
العبد شيء في قولهم وان قال
ارثنى فاني عبدا فوجده
حرا لم يرجع المرثن على
العبد بحال أي سواء كان
الراهن حاضرا او غائبا أية
غيبه كانت وعن أبي يوسف
أنه لا يرجع على العبد في
البيع والرهن لان الرجوع
في هذا العقد اما ان يكون
بالمعاوضة أو بالكفالة وليس
شيء منهما مما بوجود وانما
الموجود هو الاخبار كاذبا
فصار كما قال الاجنبي ذلك
أوقال ارثنى فاني عبدا وهي
المسئلة الثانية ولهما ان
المشتري عبدا في شرائه على
أمره بقوله اشترى وقراره
بالعبودية بقوله فاني عبدا
اذا نقول قوله في الحرية
فحين أقر بالعبودية غلب
ظن المشتري بذلك والمعتمد
على الشيء بامر الغير
قال المصنف (وعن أبي يوسف
أنه لا يرجع فيهما) أقول
قوله فيهما أي البيع والرهن
ولا يخفى عليك ما في قوله أو
قال ارثنى من جعل الشيء

قال (ومن اشترى عبدا فاذا هو حرا) رجل قال لاخر
اشترى فاني عبدا فاشتره
فاذا هو حرا فلا يخلو اما ان
يكون البائع حاضرا او غائبا
غيبه معروفة واما ان يكون
غائبا غيبه منقطعة لا يدور
(أب هو) فان كان الاول
فليس له على العبد شيء وان
كان الثاني رجع المشتري
على العبد والعبد على البائع
وان لم يقل اني عبدا ليس على
العبد شيء في قولهم وان قال
ارثنى فاني عبدا فوجده
حرا لم يرجع المرثن على
العبد بحال أي سواء كان
الراهن حاضرا او غائبا أية
غيبه كانت وعن أبي يوسف
أنه لا يرجع على العبد في
البيع والرهن لان الرجوع
في هذا العقد اما ان يكون
بالمعاوضة أو بالكفالة وليس
شيء منهما مما بوجود وانما
الموجود هو الاخبار كاذبا
فصار كما قال الاجنبي ذلك
أوقال ارثنى فاني عبدا وهي
المسئلة الثانية ولهما ان
المشتري عبدا في شرائه على
أمره بقوله اشترى وقراره
بالعبودية بقوله فاني عبدا
اذا نقول قوله في الحرية
فحين أقر بالعبودية غلب
ظن المشتري بذلك والمعتمد
على الشيء بامر الغير

واعلم أن المنقول في أن البيع متى ينسخ أقوال قبل إذا قبض المشتق وقيل بنفس انقضاء والصحيح أنه
لا ينسخ ما لم يرجع المشتري على بائعه بآمن حتى لو أجاز المشتق بعد ما قبض له أو بعد ما قبضه قبل أن يرجع
المشتري على بائعه يصح وقال شمس الأئمة الحلواني الصحيح من مذهب أصحابنا أن الفضاء للمستحق لا يكون
فحصا للبياعات ما لم يرجع كل على بائعه بالقضاء وفي الزيادات روي عن أبي حنيفة أنه لا ينتقض ما لم يأنسخ
العين بحكم القضاء وفي ظاهر الرواية لا ينسخ ما لم ينسخ وهو الأصح انتهى ومعنى هذا أن ينقض ما لم يأنسخ
الفسخ لأنه ذكر فيها أيضا إذا استحق المشتري فأراد المشتري قبض البيع من غير قضاء ولا رضا البائع ليس له
ذلك لان احتمال إقامة البيئة على النتائج من البائع أو على تلقى الملك من المشتق ثابت الا إذا قضى القاضي
فليس يلزم الجزف بنفسه انتهى بمعنى يلزم الجزف عن اثبات ذلك أو المراد أن يفسخ المشتق فإنه هو المالك نعم
لا شك في أنه لو فرض اتفاق عدم رجوع المشتري بعد ان قبض للمستحق وأخذ المبيع واستمر غير مجبر أنه
ينسخ فان سكوته بعد الاندفعن الإجازة قدر ما يتمكن فيه من الإجازة ولم يجز دليل ظاهر في عدم رضاه
بالبيع (قوله ومن اشترى عبدا) أي اشترى انسانا (قوله اشترى فاني عبدا فاذا هو حرا) أي فظهر
أنه حرا بيينة أقامها (فان كان البائع حاضرا او غائبا غيبه معروفة) أي يدري مكانه (لا يرجع على
العبد بشئ) من الثمن الذي قبضه بائعه للتمكن من الرجوع على القابض (واذا كان البائع لا يدري
أين هو رجع المشتري على العبد) بعد دفعه الى البائع من الثمن (ورجع) العبد على بائعه (بما رجع المشتري
به عليه ان قدر وانما رجع العبد على البائع مع أنه لم يأمره بالضمان عنه لأنه أدى دينه وهو مضطرب في أدائه
بخلاف من أدى عن آخر ديناً وحقق عليه بغير أمره فليس مضطربا فيه فإنه لا يرجع به والتقييد بالقيدين لأنه لو
قال أنا عبدا وقت البيع ولم يأمره بشرائه أو قال اشترى ولم يقل فاني عبدا لا يرجع عليه بشئ (ولو ارثنى عبدا
مقرا بالرق فظهر حرا) وقد كان قال ارثنى فاني عبدا الراهن (لم يرجع عليه) أي على العبد (على كل حال) أي
سواء كان الراهن حاضرا او غائبا يعرف مكانه أو لا يعرف وهذا ظاهر الرواية (عنه) وعن أبي يوسف أنه
لا يرجع فيهما) أي في البيع والرهن (لان الرجوع بالمعاوضة) وهي المبيعة هنا (أو بالكفالة) وليس
واحد منهما ثابتا (بل) الثابت ليس الا بمجرد الاخبار كاذبا فصار كالمقول (الاجنبي) لشخص (ذلك) وكقول
العبد (ارثنى فاني عبدا) وهي المسئلة المذكورة ثانيا ولهما أن المشتري شرع في الشراء معتمدا على أمره

كون الامتلاك كاله ثم قبل يدخل الولد في القضاء بالام تبعاً أي في فصل البيئة وقيل بشرط القضاء بالولد وهو
الأصح لان الولد يوم القضاء أصل بنفسه فلا بد له من الحكم مقصودا دل عليه ما قال محمد رحمه الله فان القاضي اذا
لم يعلم بالزوائد لا يدخل الزوائد في الحكم وكذا الولد اذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالام تبعاً (قوله
ومن اشترى عبدا) أي شخصاً على ظن أنه عبدا وقد قال العبد للمشتري اشترى فاني عبدا غائبا قيد بهذين
القيدين لأنه لو قال وقت البيع اني عبدا ولم يأمره بالشراء أو قال اشترى ولم يقل اني عبدا لا يرجع عليه بالثمن
في قولهم جميعاً (قوله على كل حال) أي سواء كان الراهن حاضرا او غائبا (قوله لان الرجوع بالمعاوضة
أو بالكفالة) أي الرجوع بالثمن وجوبه بالمعاوضة أو بالكفالة لما أن أنواع الرجوع على الغير
بالضمان كثيرة وكثيره في الامتلاك في الجامع الصريح قول محمد رحمه الله مع قول أبي يوسف
رحمه الله

واقراءه مغرور ومن جهة والغرور في المعاوضات التي تقتضى سلامة العوض يجعل سببا للضمان دفعا للغرور ويقتضى الامكان كمال المولى اذا اقال لاهل السوق هذا عبيدى وقد اذنت له في التجارة فبايعوه فبايعوه ولحقته ديون ثم طهرانه خوفا منهم يرجعون على المولى بدلوهم بمقدور قيمته بحكم العرور وهذا عرور وقع في عقد المعاوضة والعبد يظهر حريته اهل للضمان (١٨٥) فيجعل ضمنا للثمن عند تعذر رجوعه

على المبتاع دفعا للضرر ولا

تعذر الاقبالا يعرف مكانه

(قوله والبيع عقد معاوضة)

انما صرح به مع كونه معلوما

من قوله ان المشتري شرع

في الشراء تمهيدا للجواب

عن الرهن وانهما يباينان

اختصاصا بوجوبية الغرور

للضمان بالمعاوضات ولهذا

قالوا ان الرجل اذا سأل غيره

عن أمن الطريق فقال

اسالك هذا الطريق فانه آمن

فسلكه فاذا فيه لصوص

سلبوا أمواله لم يضمن الخبير

شيئا لما انه غرور فبئس ليس

بمعاوضة وكذلك لو قال كل

هذا الطعام فانه غير مسموم

فاكل فسات فظهر بخلافه

لكونه تغري رافى غير المعاوضة

واذا عرف هذا اظهر الفرق

بين البيع والرهن فانه ليس

بمعاوضة بل هو وثيقة

لاستيفاء عين حقه ولهذا

جاز الرهن ببذل الصرف

والمسلم فيه واذا هلك يقع فيه

الاستيفاء ولو كان معاوضة

لكان استبدال رأس مال

المسلم أو بالمسلم فيه وهو حرام

واذا لم يكن معاوضة لم يجعل

الامر به ضمنا للسلامة

وبخلاف الاجنبى فانه

لا معسر بقوله فلا يتحقق

الغرور ثم في موضع المسئلة

واقراءه انى عبيدا القول له في الحرية فيجعل العبد بالامر بالشراء ضمنا للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للضرر والضرر ولا تعذر الاقبالا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فامكن أن يجعل الامر به ضمنا للسلامة كما هو موجب بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببذل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الامر به ضمنا للسلامة وبخلاف الاجنبى لانه لا يعبا بقوله فلا يتحقق الغرور واظهر مسئلتنا قول المولى بايعوا عبيدى هذا فاني قد اذنت له ثم ظهر الاستحقاق فانهم يرجعون عليه بقيمة ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول أبي حنيفة رحمه الله لان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى وقيل اذا كان الوضع في حرية الاصل

واقراءه فكان مغرورا من جهة والغرور في المعاوضات التي تقتضى سلامة العوض يجعل سببا للضمان دفعا للضرر بقدر الامكان فكان تغريره (ضمنا) لذلك (الثنى له عند تعذر رجوعه على البائع ولا تعذر الاقبالا يعرف مكانه كالمولى اذا قال) لاهل السوق (بايعوا عبيدى فاني قد اذنت له) ففعلوا (ثم ظهر استحقاق العبد) فانهم (يرجعون على المولى بقيمة العبد) ويجعل المولى بذلك ضمنا لذلك ما ذاب عليه دعوا للغرور عن الناس (بخلاف الرهن فانه ليس عقد معاوضة بل عقد وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى جاز الرهن ببذل الصرف والمسلم فيه) فلو هلك يقع استيفاء الدين ولو كان معاوضة كان استبدال بالمسلم فيه قبل قبضه وهو حرام واذا لم يكن عقد معاوضة لا يجعل الامر به ضمنا لانه ليس تغري رافى عقد معاوضة ولهذا قالوا لو قال رجل لا تخروا ذنبا له عن أمن هذا الطريق فقال اسلكه فانه آمن فسلكه فذهب ماله لم يضمن وكذا لو قال كل هذا الطعام فانه ليس بمسموم فكله فسات لا قصاص عليه غير انه استحق عندنا عذبا لا ابطان (وبخلاف الاجنبى لانه لا يعبا بقوله) فالرجل هو الذي اغترق المصنف ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول أبي حنيفة لان الدعوى (أى دعوى الحرية (شرط) في القضاء بينتنا والدعوى لا تصح من هذا العبد للتناقض فان دعوى الحرية تناقض تصريحه بوجوبه فاجيب من جهة بعض المشايخ أن هذه الدعوى اى كانت بحرية الاصل (فالدعوى ليست بشرط عنده) كقولهم ما في دعوى الحرية مطلقا لتضمنه تحريم فرج أمه) على السيد وتحريم أخواتها وبناتها وحرمة الغرير حقه تعالى والدعوى ايست شرط طافى حق الله تعالى كفاى عتق الامه حتى ان الشهود يحتاجون في شهادتهم الى تعيين الام والحرمان لا يحتاج في القضاء بهم الى الدعوى واذا لم تحج الى الدعوى لا يضر التناقض فيها (وقيل هو) أى الدعوى (شرط مطلقا في حرية الاصل ودعوى

(قوله والبيع عقد معاوضة يستحق به السلامة) فامكن أن يجعل الامر به ضمنا للسلامة على ما هو موجب أى موجب البيع فانه يقتضى سلامته فيجعل العبد بالامر ضمنا لسلامته بدله عند عدم سلامة نفسه وتعذر رجوعه على البائع نفيا للغرور والضرر ولا تعذر الاقبالا يعرف مكانه بخلاف الرهن لانه لم يشترع معاوضة بل شرع للمالك الحبس من غير عوض وبصير بعاقبة استيفاء عين حقه من غير عوض فلا يمكن أن يجعل الامر به ضمنا للسلامة (قوله حتى يجوز الرهن ببذل الصرف والمسلم فيه) هذا استدلال بجواز الرهن على أن الرهن ليس بمعاوضة اذ لو كان معاوضة لكان استبدال ببذل الصرف والمسلم فيه ضرورة وقوع الاستيفاء بملاك الرهن وأنه حرام فلم يكن هذا عرورا فى عقد معاوضة فلا ينتهض سببا للضمان ولهذا اذا سأل رجل غيره عن أمن الطريق فقال له اسالك هذا الطريق فانه آمن فسلكه فسلب اللصوص أمواله لم يضمن الخبير بشئ لانه غرور

(٢٤ - (فتح القدير والسكفاه) - سادس) ضرب اشكال على قول أبي حنيفة رحمه الله وهو ان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى والعبد بعد ما قال اشترى فاني عبيدا ما أن يدعى الحرية أولا والاوالتناقض والثاني ينتفى به شرط الحار يتيوا الجواب متمم اعليه لنفسه فليتامل فانه يجوز أن يقال تقرير الكلام امافى الرهن فبالاجماع وامافى البيع فلا أن الرجوع والخو ترك التفصيل للاعتماد على انهم (قال المصنف بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه الخ) أقول فيه بحث فان شئت فراجع آخر كتاب الحر

أن قول محمد فاذا الغبد حر يحل حرية الأصل والحرية بعين عارض فان أراد الاول فله وجهان أحدهما ما قاله عامة المشايخ ان الدعوى ليس بشرط فيها عنده لتضمنه تحريم فرج الام لان الشهود في شهادتهم محتاجون الى تعيين الام وفي ذلك تحريمها وتحريم اخوانها وبما قاله اذ كان حر الأصل كان فرج الام على مولاه حراما وحرمة الفرع من حقوق الله تعالى والدعوى ليست بشرط يكفي عتق الامة والام لا تكن الدعوى شرطا لم يكن التناقض مانعا والثاني ما قاله (١٨٦) بعض المشايخ ان الدعوى وان كانت شرطا في حرية الأصل أيضا عنده لكن يعترف

فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الام وقيل هو شرط لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق وان كان الوضع في الاعناق فالتناقض لا يمنع لاستبعاد المولى به فصار كالتخلفعة تقسيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الاعناق قبل الكتابة قال (ومن ادعى حق في دار) معناه حقا

الاعناق في الكافي والصحيح أنه دعوى العبد بشرط عند أبي حنيفة في حرية الأصل والعتق العارض (لكن التناقض) في دعوى الحرية لا يمنع صحة الدعوى بها أما في حرية الأصل (فخفاء) حال (العلوق) فإنه يسبي مع أمه أو بدونها ولا يعلم بحريتها ولا يعلم العلق به فيقر بالرق ثم تظهر له حرية أمه فيدعي الحرية وفي الاعناق العارض فلان المولى ينفرده ولا يعلم العبد فيقر بالرق ثم يعلمه فيدعيه والتناقض في دعوى ما فيه خفاء يعترف به (وصار كالتخلفعة تقسيم البينة على تطلق) الزوج ايها (ثلاثا قبل اختلاعه) تعقب (وكذا المكاتب يقيمها على الاعناق قبل الكتابة) تعقب مع أن اتفاقهم على سؤال الخلع والكتابة اقرا بقيام العصمة والرق ولم يضرهما التناقض للخفاء فترجع المرأة والمكاتب بسبل الخلع ومال الكتابة وكذا مسألة الجامع الكبير وهي أصل في الاستحقاق وهي رجل اشترى من آخر ثوبا فاقطعه فباعه فباعه ثم جاءه مستحق فقال هذا القميص لي واثبتته بالبينة فالمشترى لا يرجع بالثمن على البائع لان الاستحقاق ما ورد على ملك البائع لانه لو كان ملكه في الأصل انقطع بالقطع والحباطة كمن غصب ثوبا فاقطعه وخطه ينتقل ملك المغصوب منه الثوب الى الضامن فالأصل أن الاستحقاق اذا ورد على ملك البائع الكائن من الأصل يرجع عليه وان ورد على ملك المشتري بعد ما صار الى حال لو كان غصباً ملكه به لا يرجع على البائع لانه متيقن الكذب ولوذا واشترى اهما منذ شهرين فقام رجل بينة اسمها منذ شهر يقضي بملكه ولا يرجع على بائعه وعرف أن المعنى أن يستحقه باسم القميص ولو كان أقام البينة انه كان له قبل هذه الصفة يرجع المشتري بالثمن وعلى هذا الجواب اذا اشترى حنطة وطحنها ثم استحق الدقيق ولو قال كانت قبل الطحن لي يرجع وكذا اذا اشترى لحما فشاوه ولو اشترى شاة فذبحها واستحقها فقام البينة رجس آخر أن الرأس والاطراف واللحم والجلد له فقضى بهار جرح المشتري على البائع لان هذا الاستحقاق عين الشاة (قوله حق في دار) أي مجهول ولا فصل الحة الذي في

فيها ليس بمعاوضة وبخلاف الاجنبي فإنه لا يملك باخباره اذ لا علم له بحال العبد ظاهر فلا يثبت في الغرور (قوله لتضمنه تحريم فرج الام) لان الشهود يفتقرون في شهادتهم الى تعيين الام فيجوز فرجها على من يدعي أمها ملكه وكذا انبائها وحرمة الفرع حق الله تعالى وفي حقوق الله تعالى يشترط الدعوى كافي عتق الامة حتى لو خلعت عن تحريم الفرع كولد المغرور وهو حر الأصل ولا يتضمن حرمة فرج الام اسكون الدعوى فيه بشرطها والتناقض مانعا (قوله خفاء العلوق) فإنه قد يجلب من دار الحر بصغيرا ولا يعلم حرية أبيه وأمّه فيقر بالرق ثم يعلم بحريته حافيه فيدعي الحرية والتناقض فيما يجري فيه الخفاء لا يمنع صحة الدعوى (قوله كالتخلفعة تقسيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع) وانما قيد بالثلاث لانه في يادون الثلاث يمكن أن يقيم الزوج البينة أنه تزوجها بعد الطلاق الذي أثبتته المرأة ببينتها قبل يوم أو يومين وأما في الثلاث فلا يمكن (قوله ومن ادعى حق في دار) وهذه المسئلة تدل على أن الصلح على معلوم عن المجهول صحيح لان الجهالة في الساقط لا

التناقض لخفاء حال العلوق وكل ما كان مبنيا على الخفاء فالتناقض فيه معفو كإثبات كره وان أراد الثاني فله الوجه الثاني وهو أن يقال التناقض لا يمنع صحة الدعوى في العتق لبيئته على الخفاء اذ المولى يستند به في ما لا يعلم العبد اعترافه ثم يعلم بعد ذلك كالتخلفعة تقسيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع فانها تعقب منها لان الزوج ينفرده بالطلاق فرجها لم تكن عالمة عند الخلع ثم علمت وانما قيد بالثلاث لانه في يادونه أمكن أن يقيم الزوج بيئته انه قد تزوجها بعد الطلاق الذي أثبتته المرأة ببينتها قبل يوم أو يومين وأما في الثلاث فلا يمكن ذلك وكذا المكاتب يقيمها على الاعناق قبل الكتابة ثم المرأة والمكاتب يستردان بدل الخلع والكتابة بعد اقامة البينة على ما ادعيها قال (ومن ادعى حق في دار) من ادعى (قوله لتضمنه تحريم فرج الام) أقول أنت خبير بان التضمن

المذكور حاصل بدون التعيين أيضا كافي تحريم فرج اخوان

والبنات ولعل التعرض للاحتياج الى التعيين لكون التضمن فيه أظهر (قوله والدعوى ليست بشرط) أقول أي في حرمة الفرع (قوله لم يكن التناقض مانعا) أقول اذ ادعى الحرية ولا يثبت شرط الحرية اذ لم تدع قال المصنف (وقيل هو شرط) أقول تكثير الضمير الرجوع الى الدعوى لكونها في تأويل ان يدعي وهذا طرد في المصادر المؤتلفة وفي تأويل الادعاء أو باعتبار الخبر (قوله قبل يوم أو يومين) أقول من وقت الخلع (قوله وأما في الثلاث فلا يمكن ذلك) أقول اذ فرض المسئلة فيما اذا لم يمكن انقضاء العدة والتحليل بعد الطلاق الذي أقامت البينة عليه

مجهولا

مجهولا (فصله الذي في يده على مائة درهم فاستحققت الدار الاذراع منها لم يرجع بشئ) لان للمدعي ان يقول دعوى في هذا الباقي قال (وان ادعاها كلها ففصله على مائة درهم فاستحق منها بشئ رجس بحسابه) لان التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببذله عند فوات سلامة المبدل ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على معلوم جاز لان الجهالة فيما يسهل لا تنقض الى المنازعة والله تعالى اعلم بالصواب

يده على مائة درهم فاستحققت (الدار الاذراع على مائة درهم) على الذي صالحه (بشئ) لم تكنه من ان يقول سادى من الحق الذي ادعيته او الحق الذي ادعيه هذا الباقي (ولو) كان (ادعاها كلها ففصله فاستحق منها بشئ رجس بحسابه لان التوفيق هنا غير ممكن فوجب الرجوع ببذله عند فوات سلامته ودلت المسئلة على) امرين أحدهما (ان الصلح عن مجهول على معلوم جاز) لان الاجراء عن المجهول جاز عندنا لان الجهالة فيما يسهل لا تنقض الى المنازعة) والاخر ان صحة الدعوى لا تشرط في صحة الصلح لان دعوى الحق غير صحيحة للجهالة المدعى به ولذا لو اقام به بيعة لا تقبل اما اذا ادعى اقرار المدعى عليه بالحق قبلت البيعة (فروع) * اشترى شيئا ثم قال هو ملك فلان وصدة فلان وادعاه فلان وصدة هو أو أنكر خلفه فنسك ليس له في شئ من ذلك الرجوع على البائع بخلاف الوكيل بالبيع اذ ادعى عليه بيع فكل ينكر خلفه فنسك لان النكول من المضطر كالبيعة وهو مضطر في النكول اذ لم يعلم عيبه ولا سلامته ولو اقام المشتري بيعة على أنه ملك فلان لا يقبل لتناقضه فان اقامه على الشراء اقرار منه بملك البائع فاذا ادعاه لغيره تناقض بخلاف ما لو برهن على اقرار البائع انه ملك فلان لا يقبل لعدم تناقضه وبخلاف ما لو برهن على أنها حرة الاصل وهي تدعى ذلك وأنهم ملك فلان وهو أعتقها أو دبرها أو استولى ها قبل شرائها حيث يقبل ويرجع بالثمن على البائع لان التناقض في دعوى الحرية وفروعه لا يمنع صحة الدعوى * باع عقارا ثم برهن أن ما باعه موقوف لا يقبل لان مجرد الوقف لا يزيل الملك بخلاف الاعتراف ولو برهن أنه وقف يحكموم بالمزوم يقبل ولو برهنت أمة في يد المشتري الا خبر أنها معلقة فلان أو مدبرته أو أم ولده يرجع الكل الامن كان قبل فلان * اشترى شيئا ولم يقبضه حتى ادعى آخر أنه له لا تسمع دعواه حتى يحضر المشتري والبائع لان الملك للمشتري واليد للبائع والمدعى يدعي ما فسرط القضاء عليهما حضورهما ولو قضى له بما يحضر ثم برهن البائع أو المشتري على أن المستحق باعها من البائع ثم هو باعها من المشتري قبل ولزم البيع لانه يقرر القضاء الاول ولا ينقضه ولو فسح القاضي البيع بطلب المشتري ثم برهن البائع أن المستحق باعها منه ياخذها وتبقى له ولا يعود البيع المنتقض ولو قضى للمستحق بعد اثباته بالمستحق ثم برهن البائع على بيع المستحق منه بعد الغمخ تبقى اقامة البائع عند أبي حنيفة وليس له أن يلزمها المشتري لنقض القضاء بالغمخ باطنا وظاهرا عندنا ولو استحققت من يد مشتري فبرهن الذي قبله على بيع المستحق من بائع باعه قبل لانه خصم ولو برهن البائع الاول أن المستحق أمره ببيعها ذلك الثمن في يده قبل ولو استهلكه أو رده لا يقبل ولو أقر عند الاستحقاق بالاستحقاق ومع ذلك اقام المستحق البيعة وأثبت عليه الاستحقاق بالبيعة كان له أن يرجع على بائعه لان القضاء وقع بالبيعة لا بالاقرار لانه يحتاج الى أن يثبت بها يمكنه الرجوع على بائعه هكذا ذكر رشيد الدين في باب دعوى الدين بسبب وبغير سبب من فتاواه وذكر في باب ما يكون اقرار من المدعى عليه من فتاواه المدعى لو اقام بيعة على دعواه ثم أقر المدعى عليه بالملك له فالقاضي يقضى بالاقرار لا بالبيعة لان البيعة انما تقبل على المنكر لا المقر وذكر في آخر كتاب الدعوى ادعى عينا في يد رجل وأنكر المدعى عليه فاقام بيعة على ما ادعاه فقبل أن يقضى القاضي للمدعى بيعة ثم أقر المدعى عليه بالعين للمدعى يقضى بالبيعة أو بالاقرار واختلاف فيه المشايخ بعضهم قالوا بالاقرار وبعضهم قالوا بالبيعة لان المدعى حين اقام البيعة كان المدعى عليه منكر او استحققت المسدعي القضاء بالبيعة فلا يبطل هذا الاستحقاق باقراره قال الاول أظهر وأقرب الى

تغضى الى النزاع وعلى أن صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لان دعوى الحق في الدار ليست بصحة لجهالة المدعى ولو اقام البيعة عليه لا تقبل بيعة الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه بالحق فينبذ تصح الدعوى وتقبل البيعة

حقا مجهولا في دار يبد رجل فصله الذي في يده على مائة درهم فاستحق الدار الاذراع منها لم يرجع بشئ لان للمدعي ان يقول دعوى في هذا الباقي وان ادعى كلها ففصله على مائة فاستحق منها بشئ رجس بحسابه اذ التوفيق غير ممكن والمائة كانت بدلا عن كل الدار ولم تسلم فتقسم المائة لان البدل يقسم على أجزاء المبدل (ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على المعلوم جاز لان الجهالة فيما يسهل لا تنقض الى المنازعة) قالوا ودلت ايضا على ان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لان دعوى الحق في الدار لا تصح للجهالة ولهذا لا تقبل البيعة على ذلك الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه بذلك فينبذ تصح وتقبل البيعة

قال المصنف (ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على معلوم جاز) أقول وسجيء أضاف مسائل شتى من كتاب أدب القاضي

* (فصل في بيع الفضولي) *

مناسبة هذا الفصل لباب الاستحقاق ظاهرة لان بيع الفضولي صورة من صور الاستحقاق لان المستحق انما يستحق ويقول عند الدعوى هذا ملكي ومن باعك فانما باعك بغير ادنى فهو عين بيع الفضولي والفضولي بضم الفاء لا غير والفضل الزيادة وقد غلب جمع على ما لا خبر فيه وقيل لمن يشتغل بماله بغيره فضولي وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل وفتح الفاء خطأ قال (ومن باع ملك غيره بغير أمره فالمالك بالخيار الخ) ومن باع ملك غيره بغير ذاته فالمالك بالخيار ان شاء أجاز البيع وان شاء فسخ وهو مذهب مالك وأحمد في رواية وقال الشافعي في الجديد وهو رواية عن أحمد لم ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك أو باذن المالك وقد فقدوا ما لم يصدر عن ولاية شرعية لا ينعقد لان انعقاد لا يكون الا بالولاية الشرعية

* (فصل في بيع الفضولي) *

(قوله لان بيع الفضولي صورة الخ) أقول لان الاستحقاق قد يكون بالهبة (قوله لان المستحق انما يستحق الخ) أقول كلمة انما لا تلائم قوله صورة من صور الاستحقاق (قوله لانها بالملك أو باذن المالك) أقول ونحن نمنع انحصار طريق ثبوت الولاية الشرعية في ذين

* (فصل في بيع الفضولي) * قال (ومن باع ملك غيره بغير أمره فالمالك بالخيار ان شاء أجاز البيع وان شاء فسخ) وقال الشافعي رحمه الله لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك أو باذن المالك وقد فقدوا ما لم يصدر عن ولاية شرعية

الصواب وهو يناقض ما ذكره في باب دعوى الدين لأن الشخص تلك بعارض الحاجة الى الرجوع ووصد القاضي الى القضاء باحدى الختين بعينها فيحصل أنه اذا ثبت الحق بالبيعة والاقرار ينبغي ان يجعله الاظهر أن يقضى بالاقرار وان سبقته اقامة البيعة فغير أن القاضي يتمكن من اعتباره قضاء بالبيعة فعند تحقق حاجة الخصم الى ذلك ينبغي أن يعتبر قضاءهم بالبيعة دفع الضرر عنه بالرجوع ولو قضى بالاستحقاق فطلب المشتري الثمن من البائع فرده اليه ثم ظهر فساد القضاء فليس للمشتري أن يسترد المستحق من البائع لثبوت التقابل ولولم يترادوا لك القاضي قضى للمستحق وفسخ البيع ثم ظهر فساد القضاء يظهر فساد الفسخ ولو أوجب البائع أن يأمن غائلة الرد بالاستحقاق فإبراء المشتري من ضمان الاستحقاق فائلاً أو رجوع بالثمن لن يظهر الاستحقاق فظهر كانه الرجوع ولا يعمل ما قاله لان الإبراء لا يصح تعليقه بالشروط قالوا والحيلة فيه أن يقر المشتري أن بائعي قبل أن يبيعه معنى اشتراءه مني فإذا أقر على هذا الوجه لا يرجع بعد الاستحقاق لانه لو رجع على بائعه فهو أضرار رجوع عليه باقراره أنه باعه منه والله أعلم

* (فصل في بيع الفضولي) * مناسبة هذا الفصل مع الاستحقاق ظاهرة لان دعوى الاستحقاق تتضمن دعوى الفضولي على أحسن الوجوه لانه يتضمن امداداً أو إبطالاً بملكك بغير أمرى لمفسده أو فضوله وأحسن الخارج المتمسكة بفضوله والفضول جمع فضل غلب في الاشتغال بما لا يعنيه وما لا ولاية له فيه فقول بعض الجهلة لمن باع بغير أمره وف أن فضولي يتخفى عليه الكفر (قوله ومن باع ملك غيره بغير أمره فالمالك بالخيار ان شاء أجاز البيع وان شاء فسخ) وهو قول مالك وأحمد (وقال الشافعي لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك أو باذن المالك وقد فقدوا ما لم يصدر عن ولاية شرعية) وصواب كبيع الابن والطرفي الهواه في عدم القدرة على التسليم وطلاق الصبي العاقل في عدم الولاية وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم حكيم ابن حزام لا تبع ما ليس عندك قلنا المراد بالبيع الذي تجرى فيه المطالبة بين الطرفين وهو المنافذ والمراد أن يبيعه ثم يشتريه فيفسد به حكم ذلك العقد وذلك غير ممكن لان الحادث يثبت مقهوراً على الحال وحكم ذلك السبب ليس هذا بل أن يثبت بالاجازة من حين ذلك العقد ولهذا يستحق المبيع بزوائده المتصلة والمتفصلة وسبب ذلك النهي بقيد هذا وهو قول حكيم يا رسول الله ان الرجل ياتيني فيطلب مني سلعة ليسبت عندي

* (فصل في بيع الفضولي) * في المغرب الفضل الزيادة وقد غلب جمع على ما لا خبر فيه حتى قيل فضولي بلا فضل وسن بلا سن وطول بلا طول وعرض بلا عرض ثم قيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي لانه لم يصار بالغلبة لهذا المعنى صار كالعلم ولم يصرف الى واحدة في النسبة كفي اعرابي وأنصاري وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل وفتح الفاء خطأ الأصل أن العقود تتوقف على الاجازة اذا كان لها مجيز حاله العقد وان لم يكن لها مجيز حاله العقد لا تتوقف وتقع باطلاً والشراء لا يتوقف على الاجازة اذا وجد العقد على التعاقد وان لم يجد نفاذاً عليه يتوقف وقال الشافعي رحمه الله لا يتوقف عقدياً على أن الصبي المحجور عليه اذا باع ماله أو اشترى شيئاً أو تزوج امرأة أو زوج أمة أو كاتب عبده أو عقد عتقاً يجوز عليه فعله وليه في حالة الصغر فاذا فعله بنفسه في حالة الصغر يتوقف على اجازة قوله في حالة الصغر ولو بلغ الصبي قبل أن يجيزه الولي فاجازه بنفسه جاز ولا يجوز بنفس البالغ من غير اجازة بعده ولو أن الصبي طلق امرأته أو خلعها أو أعتق عبده على مال أو بغير مال أو وهب ماله أو صدق أو زوج عبده امرأة أو باع ماله بمحابة فاحشة أو اشترى شيئاً أكثر من قيمته قدر ما لا يتغابن الناس في مثله أو غير ذلك من العقود مما لو فعله وليه في حال صغره لا يجوز عليه هذه العتق وكلها باطلة لا تتوقف وان أجازها الصبي بعد البلوغ لم تجز لان هذه العقود لا يجوز لها وقت العقد فلا يتوقف على الاجازة (قوله لانها بالملك أو باذن المالك) أي لان الولاية الشرعية (قوله ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية) والقدرة اما بالملك أو

ولنا أنه تصرف تملك وقد صدر من أهله ووقع في محله فوجب القول بانعقاده أما أنه تصرف تملك من قبيل إضافة العام إلى الخاص كعلم الفقه فلا نزاع في ذلك وإنما قال تصرف تملك ولم يهل تملك لأن التملك من غير المالك لا يتصور فإن قيل تصرف التملك شرع لأجل التملك فإن المراد بالأسباب الشرعية أحكامها فالمراد بالتصرف التملك كان لا غير (١٨٩) فالجواب أن الحكم ثبت بقدر دليله وهذا

التصرف لما كان موقوفاً
لمأذكر أفاد حكمه موقوفاً
كما أن السبب البات أفاد
حكمه باتاً وأن السبب إنما
يكون لغواً إذا انحصر
الحكم فاما إذا انخرط كما
في البيع شرط الخيار
وأما صدوره من الأهل
فلا أن أهلية التصرف
بالعقل والبلوغ وأما المحل
فإن يحصل البيع هو المال
المقوم وبانعدام المالك
للعاقدة والتقوم لا تنعدم
المالية والتقوم لا تخرى أنه
إذا باع به باذن المالك جاز
والاذن لا يجعل غير المحل محلاً
وأما وجوب القول بانعقاده
فلا أن الحكم عند تحقق
المقتضى لا يمنع المانع
والمانع منتف لأن المانع
هو الضرر ولا ضرر في
ذلك لأحد من المالكين
والعاقدين أما المالك فلا أنه
مخبر بين الإجازة والفسخ وله
فيه منفعة حيث يكفي مؤنة
طلب المشتري وقرار الثمن
وأما الفضولي فلا أن فيه
صون كلامه عن الإلغاء وأما
المشتري فظاهر فثبت
القدرة الشرعية تحصيلاً
لهذه المنافع فإن قيل
القدرة بالمالك أو بالأذن ولم
يوجد

ولنا أنه تصرف تملك وقد صدر من أهله في محله فوجب القول بانعقاده إلا أن الضرر فيه لا يملك مع تخييره بل
فأدبهما منه ثم أدخل السوق فاشترى بها فاسلمها فقال صلى الله عليه وسلم لا تبسع ما ليس عندك وقال الكرخي
حدثنا إبراهيم بن موسى الجوزي قال حدثنا الحسن بن القزاز قال حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة عن جماعة
من قومه عن عروة البارقي وحدثنا إبراهيم قال حدثنا ميمون الخياط قال حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة
حدثنا الحارث عن عروة البارقي أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً يشتري به أخصية فاشترى شاةً تين فباع
أحدهما بدينار وجاء بشاة ودينار فباع الدينار الذي صلى الله عليه وسلم في بيعه بالبركة فكان لو اشترى تراباً ربح فيه
وروي أنه صلى الله عليه وسلم دفع ديناراً إلى حكيم بن حزام يشتري به أخصية فاشترى شاةً ثم باعها بدينارين
ثم اشترى شاةً بدينار وجاء بالشاة والد ديناراً إلى النبي صلى الله عليه وسلم فباعه بذلك فقال صلى الله عليه وسلم
بارك الله لك في صفقة تملك فاما الشاة فصنع بها أو أماً الدينار فتصدق به وقل لك لا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية أن
أردت لا انعقاد على وجه النفاذ سلماً ولا بضر وإن أردت لا انعقاد على وجه التوقف إلى أن يرى المالك
مصلحة في الإجازة فيجوز فعله أو عدمه فبطله ممنوع ولا دليل عليه بل الدليل دل على ثبوته وهو تحقق الحاجة
والمصلحة لكل من العاقد والمالك والمشتري من غير ضرر ولا مانع شرعي فيدخل ثبوته في العمومات أما تحقق
ما ذكرنا فإن المالك يكفي مؤنة طلب المشتري وفور الثمن وقراره ونفاق سلعته وراحتهم منها ووصوله إلى
البديل المطلوب له المموجب والمشتري وله إلى الحاجة نفسه ودفعها بالمبيع وارتفاع ألم فقد ها إذا كان مهما
له والعاقدين صون كلامه عن الإلغاء والهدار بل وحصول الثواب له إذ أقوى الخبر لله تعالى من الإعانة على
حصول الرزق لأخيه المسلم ولما كان هذا التصرف خيراً لكل من جماعة عباد الله من غير ضرر وكان الأذن في
هذا العقد ثابتاً لدلالة ذلك على عاقل باذن في التصرف النافع له بلا ضرر يشينه أصلاً بالعمومات فوجب اعتباره
وصار كإلصاقه من المدينون المستغرقين بأكثر من الثالث إذا كان المعقود عليه باقياً حيث يتوقف على إجازة
المستحق بالاجماع فهذا أصل لقياس صحيح لا يقال فإذا ثبت الأذن دلالة لا ينبغي أن ينفذ العقد لا نقول الثابت
دلالة لا ضرر فيه وذلك هو الانعقاد موقوفاً على رأي المالك فثبت به هذا القدر فاما نفاذه بل رأيه فيه باضرار
به إذ قد لا يربده بيعه فيثبت بخلاف بيع الطير في الهواء والسمك في الماء لا يجوز زل عدم المحل فان الطير ليس
بمألول أصلاً قبله وما ليس بمألول لا أحد لا يكون محلاً للبسع ويسع الأبقى نفعه فاسداً وهو عندنا مفيد
للمالك إذا لم يله القبض وعدم توقف طلاق الصبي ولو لم يملك الحق الشرع فإنه أترله كالحنون فيما نحن فيه
وإن كان عاقلاً اذ صح تركه بذلك عن غيره وطلاق المرأة ضرر ظاهر فإن عقد النكاح شرع للتراحم
والتعاون وانتظام المصالح فلماذا لم يتوقف ذلك منه لا على إجازة وليه ولا على إجازته بعد البلوغ بخلاف ماله
اشترى أو زوج أمته فإن هذه التصرفات تتوقف على إجازة وليه أو إجازته بعد البلوغ فإن قيل يجب أن يأنه
لعدم المقصود منه وهو المالك قلنا لا يلزم من عدم ترتيبه في الحال عدمه مطلقاً بل هو مرجو فلا يلزم عدمه
وإن متعلق العقد مبرجوا كاف في صحة التصرف وعن هذا صح تعاقب الطلاق والعناق بالشرط والأفلا
وقوع في الحال ولا يقطع بوقوعه فكان ينبغي أن يأنه ليسكن لما كان بحيث يرجح صح وانعقد سبباً في
الحال مضافاً أو عند الشرط كقولنا هذا وقول المصنف (تصرف تملك) من إضافة العام إلى الخاص
بالأذن (قوله ولنا أنه تصرف تملك) هذا من قبيل إضافة العام إلى الخاص أي تصرف وهو تملك وأما
خبر التملك احترازاً عن تصرف هو اسقاط كالطلاق والعناق فإن الهبة إذا طلق امرأته أو أعتق عبده على

(قوله لأن التملك من غير المالك لا يتصور) أقول فيه منع فان وصي اليتيم مثلاً ليس بمالك لمال اليتيم ولا يملكه بالمبيع بالاتفاق وأيضاً إذا
كان إضافة من قبيل إضافة العلم إلى الفقه يكون قولنا تصرف تملك في معنى تملك إذ معناه حيث تعرف هو تملك (قوله فلا أن أهلية
التصرف بالعقل والبلوغ) أقول الأولى هو القصر على العقل على ما سيجي في المأذون ليسم بيسم الصبي العاقل الفضولي

فيه نفعة حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الالغاء وفيه نفع المشتري فثبت القدرة الشرعية تحصيل هذه الوجوه كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل ياذن في التصرف النافع

حركة الاعراب والاضافة في مثله ببيانته أي تصرف هو تملك وحركة هي اعراب ولا حاجة الى هذا القيد هنالان تصرفات الفضولي تتوقف عندنا اذا صدرت وللتصرف بغير أي من يقدر على الاجازة سواء كان تملك كالبيع والاجازة والهبة والتزويج والتزوج أو اسقاطا حتى لو طلق الرجل امرأته غيره أو أعتق عبده فأجاز طلقته وانعتق فقد سائر الاسقاطات للديون وغيرها وكان الاحسن أن يقول تصرف شرعي وأما القياس على الفضولي بالشرع ففي شراء الفضولي تفصيل ذكره في شرح الطحاوي وطريقه الخلاف وهو أنه لو قال بع هذا الغلان فقال المالك بعثت الفضولي قبلت لاجله فهو على هذا الخلاف فلا يصح القياس أما اذا قال الفضولي اشتريت هذا لاجل فلان فقال بعثت أو قال المالك ابتداء بعثت منك هذا العبد لاجل فلان فقال اشتريت نفذ على الفضولي غير متوقف على اجازة فلان لانه وجد نفاذا على المشتري فلا يتوقف لانه أضيف اليه ظاهرا فلا حاجة الى ايقافه الى رصا الغير وقوله لاجل فلان يحتمل لاجل شفاعته

مال أو بغير مال لا يتوقف على اجازة الولي ولا على اجازة نفسه بعد البلوغ بخلاف ما اذا باع ماله أو اشتري شيئا أو تزوج امرأة أو تزوج أمه فان هذه التصرفات منه تتوقف على اجازة الولي أو اجازة نفسه بعد البلوغ أما اذا صدر تصرف اسقاط من الفضولي بان طلق امرأته انسان أو أعتق عبده فانه يتوقف على الاجازة لان له بغيره حال وقوعه وقد صدر من أهله في محله أما بيان الاهلية فان التصرف كلام والاهلية كلام حقيقة بالتمييز واعتباره شرعا بالخطاب وأما بيان المحلية فان البيع تملك مال عمال فالملكي انما يكون محلا لكونه مالا متقوما وبانعدام الملك للعاقد في المحل لا تنعدم المسالية والتقوم ألا ترى أنه لو باعه باذن المالك يجوز وما ليس بمحل لا يصير محلا بالاذن ولو باعه المالك بنفسه جاز والمحلية لا تختلف بكون المتصرف مالا أو غير مالا فان قبيل اعتبار التصرف شرعا لحكمه لالعيته والمراد بالاسباب الشرعية أحكامها واشتراط الملك في المحل لاجل الحكم والتمليك لا يتحقق الا من المالك فاذا لم يكن المتصرف مالا لكان تصرفه لا ينعقد حكمه قلنا الجواب عن هذا السؤال بطريقتين أحدهما لاننا سلمنا أن الحكم لا يثبت بهذا التصرف بل يثبت حكم يملك بالسبب فانه يثبت بالسبب الموقوف ملك موقوف كما يثبت بالسبب البات الملك البات ولهذا لو أعتق المشتري ثم أجاز المالك البيع نفذ عتقه وهذا لانه لا ضرر على المالك في اثبات ملك موقوف بهذا السبب كالأضرار عليه في انعقاد السبب فاما الضرر في زوال ملكه وبالمالك الموقوف لان زوال ملكه الثابت والثاني أن السبب انما ينعقد اذا خلا عن الحكم شرعا فاما اذا تنازع الحكم فلا لان الحكم نارة يتصل بالسبب ونارة يتنازع كافي البيع بشرط الخيار والعلة لا تبطل بتنازع حكمه المانع فان أصل البيع صحيح من المالك والحكم متنازع على أصل الشافعي وجه الله الى أن يتفرقا لانه تنازع الحيار وكذلك الراهنا اذا تبايعا رهنا برهن بغير اذن المرتهنين انعقد وتوقف الحكم لحق المرتهنين وكذلك الطلاق الى شهر سبب لا يقاع صحيح والحكم متنازع وكذلك شهر رمضان سبب وجوب الصوم والوجوب متنازع في حق المسافر والمريض ولا يلزم طلاق الصبي الذي يعقل امرأته فانه لا ينعقد وان كان هو أهل الكلام حتى لو طلق امرأة غيره صح والحمل موجود وهو المنكوحه لانا نقول ان الشرع ألحق الصبي بالذي لا يعقل فيما يضره من الاحكام نظر له حتى لا يلزمه حقوق الله تعالى وان تحققت الاسباب من ادراك وقت الصلاة وتحققت الشروط من ملك الزاد والراحلة لان اللازم ضروري نفسه فالحق شرعا بالبهيمه والطلاق اضرار لانه ابطال ماسرع مصلحة كالهبة فلا يبقى أهلا لكلام من ذلك الوجه كالم يبق أهلا لوجوب حقوق الله تعالى (قوله وغيره وهو حقوق العبد) فانها لا ترجع الى المالك (قوله وفيه نفع المشتري) لانه أقدم عليه طاعا ولو لم يكن فيه نفع لما أقدم عليه (قوله كيف وان الاذن ثابت دلالة)

أجاب عن ذلك منكرا بقوله كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل ياذن في التصرف النافع فان قبيل سلنا وجود المقتضى لكن المانع ليس يتصرف في الضرر بل عدم الملك مانع شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم لحكيم ابن حزام لا تتبع ماله ليس عندك وكذلك العجز عن التسليم ألا ترى أن بيع الأبق والطير في الهواء لا يجوز مع وجوب الملك فيهما فالجواب ان قوله لا تتبع ماله عن البيع المطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو البيع البات فلا اتصال له

(قوله فالجواب أن قوله لا تتبع ماله عن البيع الخ) أقول وانما لم يجب لان النهي يقتضي المشروعية كما سبق لانه يجر الى فساد البيع فليتامل

بموضع النزاع والقدرة على التسليم بعد الاجازة ثابتة والدليل على ذلك ما روي الكرخي في أول كتاب الوكالة قال حدثنا ابراهيم قال حدثنا محمد بن ميمون الخياط قال حدثنا سفيان عن شبيب بن عرقدة قال أخبرنا الحسن بن عروة البارقي أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً لبشترى أخصية فاشترى ثنتين فباع احدهما بدينار وجاء بشاة ودينار فدعا النبي صلى الله عليه وسلم في بيعه بالبركة فكانوا يشترى ثراباً ربح فيه لا يقال عروة البارقي كان وكيلاً مطلقاً بالبيع والشراء لانه دعوى بلا دليل اذ لا يمكن اثباته بغير نقل والمنقول أنه عليه الصلاة والسلام أمره أن يشترى له أخصية ولو كان لنقل على سبيل المدح له فان قيل هل يجوز شراء الفضولي كبيعته أولاً أجب بان فيسه تفضيلاً وهو ان الفضولي ان قال ببيع هذا العين فلان فعلى المسالك بعت الفضولي اشترى لاجله أو قال (١٩١) المسالك ابتداء بعت هذا العين فلان وقال الفضولي قبلت لاجله فهو على هذا الخلاف وان قال اشترى منك هذا العين لاجل فلان فقال المسالك بعت أو قال المسالك بعت منك هذا العين لاجل فلان فقال اشترى لاني توقف على اجازة فلان لانه وجدنا هذا على المشتري حيث أضيف اليه ظاهراً فلا حاجة الى الايقاف على رضا الغير وقوله لاجل فلان يحتمل لاجل رضاه وسفاهته وغير ذلك بخلاف البيع فانه لم يجدنا هذا على غير المسالك ولم ينفذ على المسالك فاحتج الى الايقاف على رضا الغير وإلى هذا الوجه أشار المصنف بعد بقوله والشراء لا يتوقف على الاجازة (قوله وله) أي للمسالك الاجازة اعلم ان الفضولي اما أن يبيع العين من دين كالدراهم والدينار والفلس والسكبي والوزني الموصوف بغير عينه واما أن يبيع بشئ من عين فان كان الاول فالمسالك الاجازة

قال (وله الاجازة اذا كان المعقود عليه باقياً والمتعاقدان بحالهما) لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه واذا أجاز المسالك كان الثمن مملوكاً له أمانة في يده بمنزلة الوكيل لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة وللفضولي ان يدفع قبل الاجازة دفعة للمعقود عن نفسه

أو رضاه بخلاف البيع لم يجدنا هذا (قوله وله الاجازة) أي للمالك اذا كان المعقود عليه باقياً وهو المبيع (و) كذا للمتعاقدان وهما الفضولي والذي خاطبه فلا بد من بقاء أربعة الثلاثة المذكورة والمسالك حتى لو مات لا تصح اجازة الوارث كما سئذ كرر هذا فيما اذا كان الثمن ديناً أي بما لا يتعين وهذا لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيام العقد الذي هو مورد هذا التصرف وقيامه بقيام العاقدين والمعقود عليه وانما لم يذ كر المسالك لانه ذكر ان الاجازة منه وهو فرع وجوده وفي الايضاح عقد الفضولي في حق وصف الجواز موقوف على الاجازة فاخذت الاجازة حكم الانشاء ولا بد في الانشاء من قيام الاربعه وبالتفصيل شرط بقاء المعقود عليه لان المالك لم ينتقل فيه وانما ينتقل بعد الاجازة ولا يمكن أن ينتقل بعد الهلاك والمشتري يلزمه الثمن و بعد الموت لا يلزمه ما لم يكن ثمة مال أهلية والبائع لانه يلزمه حقوق العقد بالاجازة ولا يلزم الاحياء والمسالك لان الاجازة تكون منه لامن وارثه (واذا أجاز المسالك صار) المبيع ملكاً للمشتري (والثمن مملوكاً له أمانة في يده) أي في يد الفضولي فلو هلك لا يضمنه (كلو كيل فان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة) من حيث انه بمصاير تصرفه نافذا وان لم يكن من كل وجه فان المشتري من المشتري اذا أجاز المسالك لا ينفذ بل يبطل بخلاف الوكيل وهذا بسبب أن المالك الباطن اذا طرأ على الموقوف وهو ملك المشتري من الفضولي يبطل الموقوف ولهذا الوتر وبت أمته وطئها مولاها بغير اذنه فبات قبل الاجازة توقف النكاح الى اجازة الوارث لانه لم يطرأ ملك بات الوارث في البضع ليعطل وهذا وجب تقييد الوارث بكونه من الولاد بخلاف نحو ابن العم (وللفضولي) أي في البيع (أن يفسخ قبل اجازة المسالك) حتى لو أجاز له لا ينفذ وال العقد الموقوف وانما كان له ذلك (ل يدفع الحقوق عن نفسه) فانه بعد الاجازة يصير كلو كيل فترجع حقوق العقد

أي في حق الانعقاد لان النفع فيه (قوله بمنزلة الوكالة السابقة) من حيث أن كل واحدة منهما يثبت الحكم أرم من حيث أن كل واحدة منهما مرفعة للمانع فان قيل لان سلم أن الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة ألا ترى أن الفضولي اذا باع ملك الغير والمشتري من الفضولي باع من غيره ثم أجاز المسالك يبيع الفضولي لا ينفذ يبيع المشتري من الفضولي قلنا الملك الموقوف اذا طرأ عليه الملك الباطن أبطل الموقوف وهناك ملك المشتري من الفضولي يكون بائناً باجازة المسالك فيبطل ملك الشخص الذي اشتراه من مشتري الفضولي (قوله وللفضولي أن يفسخ قبل الاجازة الى قوله بخلاف الفضولي في النكاح) أي للفضولي في البيع الفسخ قبل الاجازة دفعة للمعقود عن نفسه وليس للفضولي في النكاح ذلك بر يده أنه ليس له الفسخ بالقبول وله أن يفسخ بالفعل بان

اذا كان المعقود عليه باقياً والمتعاقدان بحالهما فان أجاز حال قيام الاربعه جاز البيع لما ذكرنا الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه وكانت الاجازة اللاحقة كلو كلة السابقة فيكون البائع بمنزلة الوكيل والثمن مملوكاً للمالك أمانة في يد الفضولي وان كان الثاني فيحتاج الى قيام خمسة أشياء ما ذكرناه من الامور الاربعه وقيام ذلك العرض أيضاً والاجازة اللاحقة اجازة نقد

(قوله والقدرة على التسليم الخ) أقول فيه بحث فانه ذكر في مسئلة يبيع الا بقر اذا عاقد من الاباق حيث لا يتم العقد في ظاهر الرواية ويحتاج الى عقد جديد أنه وقع باطلاً فان جزء المحل القدرة على التسليم وقد فات وقت العقد فانه عدم المحل فاسقط رده هنا بخلاف ذلك الآن يكون هذا مبنيًا على غير ظاهر الرواية وهو غير ظاهر

بان ينقذ البائع ما باع ثمنه
للمالك بالقد لا اجازة
تتعد لان العقد لازم على
الفضولي والعرض الثمن
مملوك له وعليه مثل المبيع
ان كان مثليا او قيمته ان كان
قيما لان الثمن اذا كان
عرضا صار البائع من وجه
مشتريا والشراء اذا وجد نقدا
على العاقد لا يتوقف على
الاجازة وكما ان للمالك الفسخ
فكذا لكل من الفضولي
والمشتري لان حقوق العقد
ترجع الى الفضولي فله ان
يخرجه عن التزام العهدة
بمخلاف الفضولي في النكاح
فان فسخ قبل الاجازة باطل
لان الحقوق لا ترجع اليه
وهو فيه معبر فاذا عرفت
انتهى فصار هو بمنزلة الاجنبي
ولو فسخت المرأة نكاحها
قبل الاجازة انفسخ ولو
هالك المسالك لا ينفذ باجارة
الوارث في الفصلين أي فيما
اذا كان الثمن دينيا وعرضا
لانه توقف على اجازة المورث
لنفسه فلا يجوز الاجازة غيره
واستشكل بما اذا تزوجت
أمة لرجل قد وطئها مولاها
بغير اذنه فبات المولى قبل
الاجازة ورثها ابنته فان
النكاح توقف على اجازة
الابن فان اجاز صح والا فلا
فهذه فضولية وتوقف عملها
على اجازة الوارث احيب
بان عدم التوقف لطريان
الحمل البات على الحمل
الموقوف لانه يبطله وهذا لم
يظراً للوارث حل بات

بمخلاف الفضولي في النكاح لانه معبر بمحض هذا اذا كان الثمن دينيا فان كان عرضا معينا انما يصح الاجازة
اذا كان العرض باقيا ايضا ثم الاجازة اجازة نقدا لا اجازة عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكا للفضولي وعليه
مثل المبيع ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن مثليا لانه شرائه من وجه والشراء لا يتوقف على الاجازة ولو هالك
المسالك لا ينفذ باجارة الوارث

اليه فيطالب بالتسليم ويخاضع في العيب وفي ذلك ضرر به فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته عليه (بمخلاف
الفضولي في النكاح) ليس له ان يفسخ بالقول ولا بالفعل (لانه معبر بمحض) أي كذا قل عبارة فبالاجازة تنقل
العبارة الى المسالك فتصير الحقوق منوطه بالاجازة فلا يلزمه بالاجازة ضرر وتعاق الحقوق وقد ثبت للمالك
والولي حق ان يحيز وكذا بالفعل كائن زوج امرأة برضاها من غائب فقبل ان يحيز زوجته أختها توقف العقد
الثاني أيضا بمخلاف ماله وكه بعد عقده فلولان من وجه امرأه فزوج وجه أختها فان العقد الاول يبطل بطر
البات على الموقوف (هذا الذي ذكرناه فيما اذا كان الثمن دينيا فان كان عينا) بان باع الفضولي ملكا
غيره عرض معين يبيع بمقايضة شرط قيام الاربعة الماذ كور وخامس وهو ذلك الثمن العرض واذا اجاز
مالك المبيع والثمن عرض فالفضولي يكون يبيع مال الغير مشتريا للعرض من وجه والشراء لا يتوقف اذا
وجد نقدا فينفذ على الفضولي فيصير ماله للعرض والذي تفيد الاجازة انه اجاز للفضولي ان ينفذ ثمن
ما اشتراه من ذلك العرض من ماله كانه قال اشتري هذا العرض لنفسك وانقدت من مالى هذا اقراضا عليك فان
كان مثليا فعليه مثله وان كان قيميا ككوب أو جارية فقيمة فيه يصير مستقرضا للجارية أو الثوب والقرض
وان لم يحيز في القيمات اكن ذلك اذا كان قصدا وهما انما ثبت ضمنهما مقتضى لصحة لشراء فراعى فيه شرائها
صحة المقتضى وهو الشراء لغيره كالقبيل بالمسلم فيه اذا اده من مال نفسه يصير مقرضا حتى يرجع بقيمة ان
كان ثوبا لان الثوب مثلي في باب السلم فكذا فيما جمل تباعه فكذا هنا الا لصحة لشراء العبد الا بقرض
الجارية والشراء مشرووع فبقي ضمنه يكون مشروعا وهذا وانما ينفذ الشراء على المشتري اذ لم يصفه الى
آخر وجد الشراء النفاذ عليه ولم يسبق بتوكيل للمشتري من آخر فاما ان كان كذلك فالشراء يتوقف وفي
الوكالة ينفذ على الموكل فانه ذكر في شرح الطحاوى ولو اشترى رجل لرجل شيئا بغير امره كان ما
اشتراه لنفسه اجاز الذي اشتراه اولم يحز أما اذا اضاف الى آخر بان قال البائع ببيع عبدك من فلان بكذا
فقال بعت وقبل المشتري هذا البيع لفلان فانه يتوقف وقوله (ولو هالك المسالك لا ينفذ باجارة الوارث)

زوج رجلا امرأة برضاها فقبل اجازة الزوج وجه أختها كان نقضا للنكاح الاول (قوله لانه معبر بمحض)
حيث لا ترجع الحقوق اليه فاذا عرفت انتهى فصار هو بمنزلة الاجنبي (قوله ثم الاجازة اجازة نقد) أي
اجازة ثمن الثمن من ماله (قوله لانه شرائه من وجه) والشراء لا يتوقف على اجازة من اشترى له أي اذا
وجد نقدا وأما لو لم يجد نقدا على العاقد فانه يتوقف على اجازة من اشترى له كالصبي المحجور والعبد المحجور
اذا اشترى بالغيرهما فانه يتوقف على الاجازة وهذا اذا اضاف العقد الى نفسه وأما اذا اضاف العقد الى الذي
اشتراه له نحو ان يقول للبايع ببيع عبدك من فلان بكذا فقال الآخر بعت وقبل المشتري هذا البيع لاجل فلان
أو يقول البائع بعت هذا العبد من فلان بكذا وقبل الآخر لاجل فلان فانه يتوقف على اجازة ذلك الرجل وأما
اذا قال المشتري اشترى منك هذا العبد بكذا لاجل فلان فقال البائع بعت منك هذا العبد بكذا لاجل فلان
وقال المشتري اشترى بعت نقدا الشراء على نفسه ولا يتوقف وتحققه ان الثمن اذا كان عرضا كان الفضولي
بائعا مال الغير به مشتريا للعرض من وجه الشراء فلا يتوقف لان الثمن يلزم في ذمة المشتري بالشراء فيلزمه
بالتزامه بمخلاف المبيع لان قيامه بالمبيع وهو ملك الغير ويتضرر الغير بلزوم العقد فلتنزل بالتوقف لولا
يتضرر الغير به فاذا اجاز المسالك المبيع بالعرض كان مجبرا لنقد ماله من عوضا عما اشترى وصار الفضولي
مستقرضا عن المسالك ما باعه وان كان حيوانا لان استقراضه يصح في ضمان الشراء وان كان لا يصح

لنكون موطوءة الابن فوقف دفع الضرر عن الوارث اذ هو قائم مقام المورث حتى لو لم تكن موطوءة الابن لكان نكاحها في

(ولو أجاز المالك في حياته
ولم يعلم حال المبيع) من
حيث الوجود والعدم (جاز
المبيع في قول أبي يوسف
أولا وهو قول محمد بن
الاصم بقوله ثم رجع أبو
يوسف وقال لا يصح حتى
يعلم قيامه عند الإجازة لأن
الشك وقع في شرط الإجازة
وهو قيام المبيع فلا يثبت مع
الشك فإن قيل الشك هو
ما استوى طرفاه وههنا
طرف البقاع واج إذا أصل
البقاء ما لم يتيقن بالزيل
وههنا لم يتيقن أحجب بان
الاستصحاب حجة دافعة لا مبينة
ونحن ههنا نحتاج إلى ثبوت
المالك في المعقود عليه لمن وقع
له الشراء فلا يصلح فيه حجة
قال (ومن غصب عبد أباعه
وأعتقه المشتري) قيل جرت
هذه المحاورة في هذه المسئلة
بين أبي يوسف ومحمد بنهما
أنه حين عرض عليه هذا
الكتاب قال أبو يوسف ما
رويت لك عن أبي حنيفة أن
العتق جائز وانما رويت أن
العتق باطل وقال محمد بن
رويت أن العتق جائز
وصورهم ما ذكره في الكتاب
(ومن غصب عبد أباعه
وأعتقه المشتري ثم أجاز المولى
المبيع والعتق جاز استخسانا
وهذا عند أبي حنيفة وأبي
يوسف

قال المصنف (وهو قول محمد
لأن الأصل بقاؤه) أقول إذ
الظاهر بقاء ما وجد

في الفصلين لأنه توقف على إجازة المورث لنفسه فلا يجوز بإجازة غيره ولو أجاز المالك في حياته ولا يعلم حال
المبيع جاز المبيع في قول أبي يوسف رحمه الله أولا وهو قول محمد رحمه الله لأن الأصل بقاؤه ثم رجع أبو يوسف
رحمه الله وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة لأن الشك وقع في شرط الإجازة فلا يثبت مع الشك قال (ومن
غصب عبد أباعه وأعتقه المشتري ثم أجاز المولى المبيع فالعتق جائز) استخسانا وهذا عند أبي حنيفة وأبي
يوسف

قدمنا الكلام فيه وهو بخلاف القسمة عند أبي حنيفة وأبي يوسف فإن القسمة الموقوفة على إجازة الغائب
الكبير جازت بإجازة ورثته بعدموته استخسانا لأنه لا فائدة في نقض القسمة ثم إعادة وقول محمد القسمة متبادلة
كالبيع فلا يجوز بإجازة ورثته هو القياس والاستخسان مقدم ولو هلك المبيع قبل الإجازة قبل التسليم فلا
ضمان على أحد وان هلك بعده فللمالك أن يضمن أيهما شاء البائع أو المشتري وأيهما اختار برئ الآخر
من الضمان لتضمن التضمنين فليكما إذا ملكه من أحدهما لا يتصور عليك من الآخر فإن اختار تضمين
المشتري بطل البيع الموقوف لأن أخذ القيمة كأخذ الدين ويرجع المشتري بالثمن على الفضولي لا بما ضمن
وان اختار تضمين البائع نظر إن كان قبض البائع مضمونا عليه ينفذ بيعه لأن سبب ملكه وهو غصبه تقدم
عقد وان كان قبض أمانة وانما صار مضمونا عليه بالتسليم لا ينفذ بيعه بالضمان لأن سبب ملكه تأخر عن
عقده وذكر محمد في ظاهر الرواية أنه يجوز البيع بتضمن البائع وهو محمول على أنه سلمه أولا حتى صار مضمونا
عليه ثم باعه فصار كالمغصوب وهذا إذا باعه بثمن دين فإن كان بعين مما يتعين بالتعيين فذلك في يد البائع بطل
البيع فلا تلحقه إجازة ورد المبيع على صاحبه ويضمن البائع للمشتري مثل العرض أو قبضته أن كان قيميا
لأنه قبضه بعقد فاسد (ولو أجاز المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز المبيع في قول أبي يوسف أولا وهو قول
محمد رحمه الله) (لأن الأصل بقاؤه) ثم رجع أبو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة لأن الشك
وقع في شرط الإجازة فلا يثبت مع الشك (قوله) (ومن غصب عبد أباعه فأعتقه المشتري ثم أجاز مولى العبد
المبيع فالعتق جائز) كذا ذكره محمد في الجامع الصغير ولم يذكر خلافا لكتهم أئمتنا وخلافه مع زفر بن بطلان
العتق وهذه من المسائل التي جرت المحاورة بين أبي يوسف ومحمد حين عرض عليه هذا الكتاب فقال أبو يوسف
ما رويت لك عن أبي حنيفة أن العتق جائز وانما رويت أن العتق باطل وقال محمد بن رويت لي أن العتق جائز
وإثبات مذهب أبي حنيفة في صحة العتق بهذا لا يجوز لتكذيب الأصل الفرع صريحاً وأقل ما هنا أن يكون في
المسئلة روايتان عن أبي حنيفة قال الحاكم الشهيد قال أبو سليمان هذرواية محمد عن أبي يوسف ونحن سمعنا
من أبي يوسف أنه لا يجوز عتقه ومسيحي أن شاء الله تعالى قالوا قول محمد قياس وقول أبي حنيفة استخسان

قصد الآية يثبت مقتضى الشراء فيثبت بشرطه والشراء مشروط فيكون ما في ضمنه مشروعا ويرجع
عليه المالك مثله إن كان مثليا وبقيته إن لم يكن مثليا واعتبار جانب الشراء أحق من البيع لأنه يوافق
الأصل لنفاذ تصرف العاقدة عليه واعتبار جانب البيع يقتضي التوقف على غيره وهو خلاف الأصل (قوله
في الفصلين) أي فيما إذا كان الثمن ديناً أو عرضاً (قوله) فلا يجوز بإجازة غيره) فإن قيل يشكل
بالأمانة وجبت بغیر اذن مولاها ثم مات المولى فله ينفذ بإجازة الوارث أذ لم يحل له وطئها قلنا الأمانة تصرف
بأهل بيته لا بمن باقية على أصل الحرية فيما هو من خواص الأمانة والنكاح من خواصها وانما يوقف على
إجازة المالك كى لا يتضرر المالك والوارث مالك كل مورث ولم يثبت له مالك بأن يبطل المالك الموقوف (قوله)
لأن الشك وقع في شرط الإجازة وهو بقاء المبيع) فإن قيل الشك هو ما استوى طرفاه وههنا طرف البقاء
راجح لأن الأصل في كل موجود بقاؤه ما لم يتيقن بالزيل وههنا لم يتيقن بالزيل فكان باقيا عملا بالأصل قلنا
ذلك عمل باستصحاب الجاهل وهو يصلح للحجة للدفع لا للإثبات وههنا يحتاج إلى نفاذ البيع وثبوت المالك في المعقود
عليه لمن وقع له الشراء فلا يصلح الاستصحاب حجة فيه فكان هذا نظيرا لاستحقاق الشفعة بظواهر المالك للشفيع

وقال محمد لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك لقوله عليه الصلاة والسلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم و) لملك ههنا لان (الموقوف لا يفتد الملك) في الحال وما ثبت في الآخرة فهو مستند وهو ثابت من وجهه دون وجهه وذلك غير صحيح للاعتاق (اذا المصحح له هو الملك الكامل) المستدل عليه باطلاق ما روينا ولا يشك في المكتاب فان اعتاقه جائز وليس الملك فيه. كما لان محل العتق هو الرقبة والملك فيها كامل فيه واستوضح المصنف رحمه الله بفروع ثلث ذلك وهو (١٩١) قوله (ولهذا لا يصح أن يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان) وهو راجع الى قوله لانه لا عتق

وقال محمد رحمه الله لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك قال عليه الصلاة والسلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم والموقوف لا يفتد الملك ولو ثبت في الآخرة ثبت مستندا وهو ثابت من وجهه دون وجهه والمصحح للاعتاق الملك الكامل لما روينا. ولهذا لا يصح أن يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ولان يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجزى البائع ذلك وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع أنه أسرع نفاذا حتى نغذي من الغاصب اذا أدى الضمان وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا أدى الضمان وله ضمان الملك ثبت موقوفاً تصرف مطلق موضوع لا فائدة للملك ولا ضرر فيه على ما سرفقه توقف الاعتاق من تبعه عليه وينفذ بنفاذه

وجه قول محمد (أنه لا عتق بلام ملك لقوله صلى الله عليه وسلم لا عتق فيما لا يملك ابن آدم والموقوف لا يفتد الملك وقت العتق) ولو ثبت في الآخرة) أي عند الاجازة (ثبت مستندا وهو ثابت) وقت العتق (من وجهه دون وجهه والمصحح للاعتاق الملك الكامل لما روينا) من هذا الحديث وقد سلف تخريجه (ولهذا) أي لأجل أن الشرط ملك الكامل (لا يصح أن يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا المشتري) شرط (الخيار للبائع ثم يجزى البائع) البيع (وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع أن البيع أسرع نفاذا) من العتق (حتى نغذي من الغاصب اذا أدى الضمان) بعد أن باع (وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا أدى الغاصب الضمان) ولا الطلاق في النكاح الموقوف حتى اذا أجبر لا يقع على المرأة وكل من الطلاق والعتق في الحاجة الى الملك على السواء وكذا اذا جعل فضولي أمراً أو رجل يدها فطلعت نفسها ثم أجاز الزوج لا تطلق بل يثبت التفويض فان طلعت نفسها الآن طلعت حينئذ والا لا (ولهما أن الملك ثبت موقوفاً تصرف مطلق موضوع لا فائدة للملك ولا ضرر فيه على ما سرفقه) في ثبت الاعتاق موقوفاً من تبعه عليه ثم ينفذ بنفاذه

عما في يده عند انكاح المشتري ملكه حيث لا يكتفي به (قوله والمصحح للاعتاق الملك الكامل) لقوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم فان قيل الملك الناقص يكتفي لجهة الاعتاق ألا ترى أنه لو أعتق المكتاتب يصح والمالك في المكتاب ناقص بدليل حرمته وماء المكتابة بخلاف المدبرة فان الملك فيها كامل والرق ناقص وفي المكتاب على العكس قلنا نعم كذلك الآن المكتابة تنفسخ في ضمن الاعتاق لما أن عقد الكتابة غير لازم في جانب العبد وأنه لما رضى بالاعتاق بالبدل كان رضى للاعتاق بدون البدل (قوله ولهذا لا يصح أن يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان) يعني أن الغاصب لو أعتق ثم ضمن القيمة لم ينفذ عتقه مع أن الملك الثابت له بالضمان أقوى من الملك الثابت للمشتري ههنا حتى ينفذ بيعه ولا ينفذ بيع المشتري منه ثم لم ينفذ عتقه عند أداء الضمان فاولى أن لا ينفذ عتق من تلقى الملك من جانبه (قوله وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه) أي المشتري من الغاصب اذا باع من الغير ثم أجاز المالك البيع الاول لا يصح هذا البيع الثاني فكذلك اذا أعتق مع أن البيع أسرع نفاذاً من العتق ألا ترى أن الغاصب اذا أدى الضمان ينفذ بيعه ولو أعتق ثم ضمن لم ينفذ عتقه والمالك والمشتري والمكتاتب والمكتوبة لا ينفذ بيعه ولا ينفذ عتقه من الغاصب اذا أدى الضمان (قوله بتصرف مطلق) الغاصب اذا أدى الغاصب الضمان فينبغي أن لا يصح اعتاقه في فصل الاجازة أيضاً (قوله بتصرف مطلق)

بدون الملك وقوله (ولأن يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجزى البائع) وهو راجع الى قوله والموقوف لا يفتد الملك وقوله (وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب) يعني أن المشتري من الغاصب اذا باع من الغير ثم أجاز المالك البيع الاول لا يصح هذا البيع الثاني فكذلك اذا أعتق بغيري أن يكون كذلك مع أن البيع أسرع نفاذاً من العتق ألا ترى أن الغاصب اذا باع ثم ضمن ينفذ بيعه ولو أعتق ثم ضمن لم ينفذ عتقه واذالم ينفذ ما هو أسرع نفوذاً فلان لا ينفذ غيره أولى (قوله وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا أدى الغاصب الضمان) وله ما ان الملك) فيه ثبت موقوفاً والاعتاق يجوز أن يثبت موقوفاً على الملك الموقوف وينفذ بنفاذه أما انه ثبت فلو جود مقتضى وهو التصرف والمعلق الموضوع لا فائدة للملك ولا تنفاه المانع وهو الضرر وأما انه موقوف فلما تقدم وأما ان الاعتاق يجوز أن يتوقف على ذلك فبالقياس على

اعتاق المشتري من الرهن بجماع كونه اعتاقاً في بيع موقوف وبالقياس على اعتاق الوارث عبد من التركة وهي مستغرقة فصار

(قوله لان محل العتق هو الرقبة الخ) أقول تعليل لقوله ولا يشك الخ (قوله ولهذا لا يصح أن يعتق الخ) أقول وعندي معنى قوله ولهذا أي وليكون المصحح للاعتاق هو الملك الكامل للمالك المستند قال المصنف (ولهما ان الملك ثبت موقوفاً الخ) أقول لعلهما يقولان في الجواب عن تعاقبه بالحديث ان المراد بالعتق هو العتق الكامل النافذ وهو عند نفاذ العتق مالك له ملكاً تاماً وان عم العتق للناقص وغيره بعم الملك أيضاً بلا تقييد فليتأمل

بالدين فانه يصح وينفذ اذ قضى الدين بعد ذلك بجماع كونه اعتاقا موقوفا في ملك موقوف وهذا أبعد من الاول ذكره المصنف رحمه الله للاستظهار به وأحترز بقوله المطابق عن البيع بشرط الخيار وبقوله موضوع لا فائدة الملك عن الغصب فانه ليس بموضوع لا فائدة الملك وعلى هذا يخرج جواب محمد عن المسائل المذكورة فان اعتاق الغاصب انما لم ينفذ بعد ضمان القيمة لان الغصب غير موضوع لا فائدة الملك قال في النهاية وهذا التعليق لا يتم ما دعاه فانه يرد عليه أن يقال لما كان غير موضوع لا فائدة الملك وجب (١٩٥) أن لا ينفذ بيعه أيضا عند اجازة المسالك كما

لا ينفذ عتقه عند اجازة المسالك لما كان كالا من جواز البيع وجواز العتق محتاج الى الملك والمالك هنا بالاجازة ولكن وجه تمام التعليق فيما ذكره في المبسوط وقال وهذا بخلاف الغاصب اذا أعتق ثم ضمن القيمة لان المستدبه حكم الملك لا حقيقة الملك ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة وحكم الملك يكفي لنفوذ البيع دون العتق لحكم ملك المكاتب في كسبه وههنا الثابت للمشتري من وقت العقد حقيقة الملك ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة ولو قدر في كلام المصنف مضاف أي غير موضوع لا فائدة حقيقة الملك لتساوي السكالات على انه ليس بوارد لان البيع لا يحتاج الى ملك بل يكفي فيه حكم الملك والغصب يفيد (قوله بخلاف ما اذا كان في البيع خيار البائع) جواب عن المسئلة الثانية فان البيع بالخيار ليس بمطلق فالسبب فيه غير تام فان قوله على ان بالخيار مقرر بالعقد انما هو قرآن الشرط بالعقد فيجمع كونه

فصار كاعتاق المشتري من الراهن وكاعتاق الوارث عبد من التركة وهي مستغرقة بالدين يصح وينفذ اذ قضى الدين بعد ذلك بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب غير موضوع لا فائدة الملك وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار المانع لانه ليس بمطلق وقرآن الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم أصلا وبخلاف بيع المشتري من الغاصب اذا باع لان بالاجازة يثبت للبائع ملك باتفاضا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله

ومعلق بفتح اللام واحترز به عن البيع بشرط الخيار فخرج جواب قوله لا يصح عتق المشتري والخيار للبائع لان ذلك ليس بتصرف مطلق اذ الخيار يمنع ثبوته في حق الحكم لا باتا ولا موقوفا وقد يقرأ بكسر اللام والفتح أصح وموضوع لا فائدة الملك عن الغصب فخرج الجواب عن قوله لا ينفذ من الغاصب اذا أعتق ثم أدى الضمان على ان الغصب ليس سببا موضوعا لا فائدة الملك انما يثبت للمالك ضرورة أداء الضمان فهو بعرضية ان يعتبر سببا لانه وضع سببا فيقتصر على ذلك ولا لا يتعدى الى الزوائد المنفصلة بخلاف البيع اذا جيز يثبت للمالك في المتصلة والمنفصلة وأما بيع المشتري من الغاصب فانما لا يصح منه لبطان عقده بالاجازة فان بها يثبت الملك للمشتري باتا والملك للبائع اذا ورد على الموقوف أبطله وكذلك هو له للغاصب أو تصدق به عليه أو مات فورثه فهذا كله يبطل الملك الموقوف لانه لا يتصور اجتماع البائع مع الموقوف في محمل واحد على وجه بطرأ فيه البائع والافقد كان فيه ملك بات وعرض معه الملك الموقوف (وصار كاعتاق المشتري من الراهن) فانه يتوقف بالاتفاق على اجازة المرتهن أو فك الرهن والجامع انه اعتاق في بيع موقوف (وكاعتاق الوارث عبد من التركة المستغرقة بالدين يصح ثم ينفذ اذ قضى الدين

احتراز عن البيع بشرط الخيار وقوله موضوع لا فائدة الملك احتراز عن الغصب لان الغصب ليس بموضوع لا فائدة الملك (قوله فصار كاعتاق المشتري من الراهن) والجامع اعتاق في بيع موقوف (قوله لان الغصب غير موضوع لا فائدة الملك) لكونه عدوا وانما يثبت للمالك ضرورة عند أداء الضمان كي لا يجتمع في ملك واحد بل لا يمكن ان يكون الغصب في الحال نيب الملك ليتوقف الملك ويتوقف العتق حكمه بل هو بعرض أن يصير سببا عند أداء الضمان والعتق وجد قبله وبخلاف ما لو كان في البيع خيار البائع لانه ليس بمطلق وخيار الشرط يمنع انعقاده في حق الحكم أصلا فكان الملك معدوما لو جرد الخيار المانع منه فلم يصادف الاعتاق محلا لم يملك كاله شترى فيلغو وهذا البيع مطلق والاصل في الاسباب المطلقة أن يعمل في حق الحكم بلا تراخ والتراخي انما يثبت هنا ضرورة دفع الضرر ولا ضرر في توقف الملك والاعتاق فوجب القول باظهار السبب في حقه ونعني بتوقف الملك أنه موجود في حق الاحكام التي لا يتضرر بالملك بها وغيره وجود في حق الاحكام التي يتضرر بالملك بها والمشتري من الغاصب اذا أعتق ثم ملك الغصب باداء الضمان لا ينفذ اعتاقه عند البعض لان ملك المشتري يثبت بناء على ملك الغاصب وأنه لا يكفي ائحة الاعتاق فكذلك ما ثبت بناء عليه والاصح أنه ينفذ لان ملك المشتري يثبت مطلقا بسبب مطلق وهو الشراء فاحتسب البيع عند الاجازة بخلاف الغاصب لانه ملك بالغصب وهو سبب ضروري لا مطلق لما مر فكان الملك ناقصا كملك المكاتب (قوله وبخلاف المشتري من الغاصب اذا باع) لان بالاجازة يثبت للبائع وهو المشتري من الغاصب ملك بات

سببا قبل وجود الشرط فيعتقده أصل العقد ولكن يكون في حق الحكم كالمعلق بالشرط والمعلق به معدوم قبله (قوله وبخلاف بيع المشتري من الغاصب) جواب عن الثالثة ووجهه ما قال لان بالاجازة يثبت للبائع ملك باتفاضا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله لعدم تصور اجتماع الملك البائع والموقوف على محل واحد وفيه بحث

(قوله وهذا أبعد من الاول الخ) أقول لان في الاول البائع مالك لرقبة المبيع والموقوف لحق المرتهن (قوله ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة) أقول الى هنا كلام صاحب النهاية (قوله بل يكفي فيه حكم الملك والغصب يفيد) أقول يعني الغصب يفيد حكم الملك

من وجهين الاول أن الغاصب اذا باع ثم أدى الضمان ينقلب بيع الغاصب جائزا وان طرأ الملك الذي ثبت للغاصب باداء الضمان على ملك المشتري الذي اشترى منه وهو موقوف الثاني أن طرء الملك البات على الموقوف لو كان مبطالا له لكان مانعا عن الموقوف لان الدفع أسهل من الرفع لكنه ليس بمائع بدليل انعقاد بيع الفضولي فان ملك المالك بات فكذا يجب أن يمنع بيع الفضولي وليس كذلك وأجيب عن الاول بان ثبوت الملك للغاصب ضرورة الضمان فلا يتعدى الى ابطال حق المشتري وعن الثاني بان البيع الموقوف غير موجود في حق المالك بل بوجوده من الفضولي والمنع انما يكون بعد الوجود أما الملك اذا أجاز بيع الفضولي فقد ثبت للمشتري ملك بات فباطل الموقوف لما ذكرنا ان الملك البات والموقوف لا يجتمعان (١٩٦) في محل واحد وفيه نظر لان ما يكون بعد الوجود رفع لا يمنع وفي الحقيقة هو مغالطة فان كلامنا

في ان طرء الملك البات يبطل الموقوف وليس ملك المالك طارئا حتى يتوجه السؤال وقوله (أما إذا أدى الغاصب الضمان) جواب عن الرابعة وتقرره أما إذا أدى الغاصب الضمان فلا نسلم أن اعتاق المشتري منه لا يفتد بل ينفذ كذا ذكره هلال في كتاب الوقف فقال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى قال المصنف وهو الأصح ولئن سلم فنقول هنالك المشتري عليه من جهة الغاصب وحقيقة الملك لا تستند للغاصب كما تقدم فكيف تستند أن يتملكه من جهته فلهذا لا ينفذ عتقه وههنا انما تستند الملك له الى وقت العقد من جهة المميز والمميز كان مال كاله حقيقة فيمكن اثبات حقيقة الملك للمشتري من وقت (قوله الاول ان الغاصب اذا باع ثم أدى الضمان الخ) أقول انما قال ثم أدى الضمان لانه لو ملك الغاصب المصوب من جهة المالك يبيع أو هبة أو اؤت بعد ما باعه من غيره بطل ذلك البيع لان الملك البات طرأ على الملك الموقوف فباطله كذا في فتاوى الترنشفي قال باب بيع عبد غيره (قوله والمنع انما يكون بعد الوجود) أقول فسر العلامة السكاكي قول صاحب النهاية بعد الوجود بقوله أي بعد وجود التعارض ومنه يتنبه لدفع نظرا لشارح فتنبه (قوله وفيه نظر لان ما يكون بعد الوجود رفع الخ) أقول وفيه بحث فان توجه السؤال من الظهور بحيث لا يمكن أن يخفى على أحد لاسيما اذا نظر الى قوله لعدم تصور اجتماع الملك البات والموقوف على محل واحد (قوله فقال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى) أقول الوقف تحرير الارض كما أن العتق تحرير العبد ولعل الاولوية من حيث ان لزوم الوقف يحتاج الى أمور غير لفظ وقف بخلاف الاعتاق

وأما إذا أدى الغاصب الضمان ينفذ اعتاق المشتري منه كذا ذكره هلال رحمه الله وهو الأصح (وأما عتق المشتري من الغاصب) اذا أدى الضمان (ينفذ) كذا ذكره هلال الرأي ابن يحيى البصري في وقفه وهو من أصحاب أبي يوسف ذكر في غصب أرضا فباعها فوقها المشتري ثم أدى الغاصب ضمانها حتى ملك قال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى وأما عدم وقوع الطلاق في النكاح الموقوف وفي التفويض الموقوف فالاصل فيه ان كل تصرف جعل شرعا سببا للحكم اذا جحد من غير ولاية شرعية فلم يستعقب حكمه وتوقف ان كان مما يصح تعليقه جعل معلقا والا احتجنا الى أن نجهل سببا في الحال متأخرا حكمه ان أمكن فالبيع ليس مما يتعلق فيجوز سببا في الحال فاذا زال المانع من ثبوت الحكم بوجود الاجازة ظهر أثره من وقت وجوده ولذا ملك الزائد أو ما التفويض فمقتضى التعليق لجعلنا الموجود من الفضولي معلقا بالاجازة فعند ما ثبت التفويض للحال لاستند افلا يثبت حكمه الا من وقت الاجازة وأما النكاح فلا يتعاق ولا يمكن أن يعتبر في حال التوقف سببا للملك الطلاق بل الملك المتعة المستعقب له اذا ثبت وهذا لانه لا يثبت لاجل صحة الطلاق مقصود الا ان شرعيته اضداد ذلك من انتظام المصالح بينهم الا لوقوع الشتات بالفرقة فلا يثبت ذلك البناء على ثبوت المقصود أولا وهو منتف هنا فلو ثبت لكان ليس الا لصحة وقوع الطلاق بخلاف ملك اليمين فانه يجوز أن ينعقد مقصود الصحة الاعتاق والمراد من قوله صلى الله عليه وسلم لا عتق الحديث النافذ في الحال وغاية ما يعيدلزم الملك للعتق وهو ثابت هنا فان لم يوقعه قبل الملك فحصل الخلاف كما قال الامام القاضي يرجع الى أن بيع الفضولي لا ينعقد في حق الحكم عند محجود وهو الملك لانعدام الولاية فكان الاعتاق لافي ملك فيبطل كإلوا باعه المشتري من الغاصب وعندهما بوجبه موقوفا لان الاصل اتصال الحكم بالسبب والتأخير لدفع الضرر عن المالك والضرر في نفاذ الملك لافي توقفه وبعد المقدمة الغائلة في كلام

وطرء الملك البات على الملك الموقوف يبطله وهذا المعنى فقهي وهو أنه لا يتصور اجتماعهما أعنى الملك البات والملك الموقوف في محل واحد والبيع بعد ما بطل لا يلحقه الاجازة فان قيل يشكل على هذا الاصل ما اذا باع الغاصب ثم أدى الضمان ينقلب بيع الغاصب جائزا وان طرأ الملك البات الذي ثبت للغاصب باداء الضمان على ملك المشتري الذي اشترى منه وهو موقوف قلنا أن ثبوت الملك للغاصب ضروري لان الملك يثبت له ضرورة وجوب الضمان عليه فلم يظهر في حق ابطال ملك المشتري فان قبل الملك البات ليس مانعا للملك الموقوف حتى يثبت الملك للمشتري موقوفا فاولى أن لا يكون رافعا لان المنع أسهل من الرفع قلنا المنع أو الرفع انما يكون عند التعارض ولا تعارض ثم لان الملك الموقوف لم يظهر في حق المالك وانما ظهر في حق المتعاقدين لان البيع قائم بما فاذا أجاز المالك بيع الفضولي فالملك البات يثبت للفضولي (قوله وأما إذا أدى الغاصب الضمان ينفذ اعتاق المشتري منه) هذا جواب بطريق المنع لما ذكره رحمه الله بقوله وكذا لا يصح

العقد قال (فان قطعت يد العبد الخ) اذا قطعت يد العبد في يد المشتري من الغاصب وأخذ المشتري ارشها ثم أجاز المالك البيع فالارش للمشتري لان الملك بالاجازة قدم للمشتري من وقت الشراء لان سبب الملك هو العقد وكان تاما في نفسه ولكن امتنع ثبوت الملك له لما منع وهو حق الغصوب منه فاذا ارتفع بالاجازة ثبت الملك من وقت السبب ليكون الاجازة في الانتهاء كذا في الابتداء فتبين أن القطع حصل على ملكه فيكون الارش له وعلى هذا كل ما حدث للجارية عند المشتري من ولد أو كسب فان لم يسلم المالك المبيع أخذ جميع ذلك معها لان ملكه بقي منقرا فيها والى كسب والارش والولد لا يملك الا بملك الاصل واعترض بما اذا غصب عبا فقطعت يده وضمنه الغاصب فانه لا يملك الارش وان ملك المضمون وبالفضولي اذا قال لامرأه امرئ بك فقطعت نفسها ثم بلغ الخبر الزوج فلجاز صم الغويض (١٩٧) دون التطبيق وان ثبتت يدا لبيبة

لها من حين التغويض حكما للاجازة وأوجب عن الاول بان الملك في الغصوب ثبت ضرورة على ما عرف وهي تندفع بثبوتها من وقت الاداء فلا يملك الارش لعدم حصوله في ملكه وعن الثاني بان الاصل ان كل تصرف توقف حكمه على شيء يجب أن يجعل معلقا بالشرط لاسباب من وقت وجوده لئلا يتخالف الحكم عن السبب الا فيما لا يتحمل التعليق بالشرط كالبيع ونحوه فانه يعتبر سببا من وقت وجوده متأخرا حكمه الى وقت الاجازة فعندهما يثبت الملك من وقت العقد والتغويض مما يجمله لجعل الموجود من الفضولي معلقا بالاجازة فعندها يصير كانه وجد الآن فلا يثبت حكمه الا من وقت الاجازة وهذه أي كون الارش للمشتري حجة على مجدي عدم تجوز الاعتناق في الملك الموقوف لما أنه لو لم يكن للمشتري

قال (فان قطعت يد العبد فاخذ ارشها ثم أجاز المولى البيع فالارش للمشتري) لان الملك قد تم له من وقت الشراء فتبين أن القطع حصل على ملكه وهذا حجة على مجد والعذر له أن الملك من وجهه يكفي لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده وأخذ الارش ثم رد في الرق يكون الارش للمولى فكذا اذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم أجبر البيع فالارش للمشتري

محمد أن المصحح للاعتناق الملك الكامل لم يصرح فيها بدفع ويمكن أن يستخرج من الدليل المذكور ومنع أنه يحتاج الى ملك كامل وقت ثبوته بل وقت نفاذه وهو كذلك (قوله فان قطعت يد العبد) أي عند المشتري من غاصبه وحاصل وجود هذه المسئلة المذكورة أن من غصب عبدا ابتاعه فاما أن يعتقه المشتري من الغاصب ثم يبيع المالك بيع الغاصب واما أن لا يعتقه ولكن قطعت يده ونحوه من الجراحات الموجبة للارش فاخذ ارشها ثم أجاز المالك بيع الغاصب واما أن لا يكون أحدهذين ولكن باعه المشتري من الغاصب ثم أجاز المالك بيع الغاصب وهو الذي يلي هذا الفرع واما أن لا يكون شيء من ذلك ولكن مات في يده أو قتل ثم أجاز فهي أربعة فروغ تنفر عن على اجازة بيع الغاصب أو لها ما اذا أجاز بيع الغاصب بعد اعتق المشتري منه وهي التي فرغ منها والثاني ما اذا أجاز بيع الغاصب بعد ان جنى على العبد جناية فاخذ ارشها فان الارش يستحقه المشتري من الغاصب لان قطع يده لا يمنع حجة الاجازة اذا لم يفت المعقود عليه بقطعها بخلاف موته فاذا حلقه الاجازة ظهر رانه قطع في ملكه فيستحق ارش يده لما ذكرنا من ان البيع موضوع سببا للمالك بخلاف ما لو قطعت في يد الغاصب ثم أدى الضمان ذلك العبد فانه لا يكون له الزوائد لان الغاصب لم يوضع سببا للمالك وانما يثبت الملك مستند الوقت الغصب بطريق الضرورة فيحصل المنفصل ثم

اعتناق المشتري من الغاصب اذا أدى الغاصب الضمان والمنع هو الاصح وفي المبسوط وأما اذا اعتقه المشتري ثم نفذ البيع يتضمن الغاصب فالاصح أنه ينفذ العتق أيضا هكذا ذكره هلال رحمه الله في كتاب الوقف فقال سنفذ وقعه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى وبعد التسليم هناك ملك المشتري من جهة الغاصب والمستند للغاصب حكم الملك لا حقيقة ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة وحكم الملك يكفي لنفاذ البيع دون العتق حكم ملك المكاتب في كسبه وهذا لم ينفذ اعتناق الغاصب فكذا العتاق من تاقى الملك من جهةه وههنا انما يستند الملك الى وقت العقد من جهة المميز والمميز كان مال كله حقيقة فيمكن اثبات حقيقة الملك للمشتري من وقت العقد فلذلك انفذ عتقه (قوله فان قطعت يد العبد) أي في يد المشتري من الغاصب وفي المبسوط وكل حدث للجارية عند المشتري من ولد أو كسب أو ارش جناية وما شابهها فهو للمشتري لان عند اجازته ينفذ ما للعقد وثبت الملك للمشتري من وقت البيع فان سبب الملك هو العقد وان كان تاما في نفسه ولكن امتنع

شي من الملك لما كان له الارش عند الاجازة كفي الغصب حيث لا يكون له ذلك عند اداء الضمان والعذر أي الجواب له عن هذه الحجة ان الملك من وجهه كاف لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده وأخذ الارش ثم رد في الرق فان الارش للمولى وكذا اذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم أجاز البيع فان الارش للمشتري لثبوت الملك من وجهه بخلاف الاعتناق يعني لا ينفذ اعتناق المشتري فيما اذا كان الخيار للبائع على ما مر وهو قوله وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار للبائع لانه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده كذا في النهاية وقيل بخلاف الاعتناق متعلق بقوله ان الملك من وجهه يكفي لاستحقاق الارش يعني ان اعتناق المشتري من الغاصب بعد الاجازة لا ينفذ عند مجدلان المصحح للاعتناق هو الملك الكامل لان الملك من وجهه دون وجه وقوله (على ما مر) اشارة الى قوله والمصحح للاعتناق هو الملك الكامل

(قوله وقيل بخلاف الاعتناق) أقول القائل هو الاتقاني (قوله وهذا أقرب) أقول أي معنى وان كان أبعد لفظا

وهذا أقرب بصديق بما زاد على نصف الثمن لأنه لم يدخل في ضمانه لأن أرض البذل الواحدة في الحر نصف الدية وفي العبد نصف القيمة والذي دخل في ضمانه هو ما كان بمقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح مالم يضمن أو فيه شبهة عدم الملك لأن الملك يثبت يوم قطع اليد مستنداً إلى وقت البيع وهو ثابت من وجهه دون وجهه فلا (١٩٨) يطيب الربح الحاصل به وفي السكافي أن لم يكن المبيع مقبوضاً وأخذ الأرض يكون الزائد

على نصف الثمن ربح مالم يضمن لأن العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه ولو كان أخذ الأرض بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لأنه غير موجود حقيقة وقت القطع وإنما ثبت فيه الملك بطريق الاستناد فكان ثابتاً من وجهه دون وجهه وهذا كما ترى توزيع الوجهين في السكافي على الاعتبار من قال (فإن باعه المشتري من آخر الخ) يعني أن باع المشتري من الغاصب من شخص آخر ثم أجاز المولى البيع الأول لم يحز البيع الثاني لما ذكرنا أن الأجازة يثبت للبائع ملكاً بالانابة إذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله ولأن فيه غشراً الانفساخ على اعتبار عدم الأجازة في البيع الأول والبيع بعده قبل هذا التعليل شامل لبيع الغاصب من مشتريه وبيع الفضولي أيضاً لأنه يحتمل أن يجيز المالك بيعهما وإن لا يجيز ومع ذلك انعقد ببيع الغاصب والفضولي موقوفاً واجباً بأن غرر الانفساخ في بيعهما عارضه النفع الذي يحصل للمالك المذكور قيمته عدم قبل النظر إلى العريفسد وبالنظر إلى النفع وعدم الضرر ويجوز زفلة بالحوار الموقوف عملاً بهما لا يقال الغرر محرم فترجح لأن الصحة في العقود أصل فعارضته على أن اعتبار الغرر مطلقاً يستلزم اعتبار التزول واجتماعه وأن لا يصح بيع ماله لا سيما في المنقولات لا سيما في الفسخ بعد الانعقاد به الملك المبيع قبل القبض وأما غرر الانفساخ فيماتحن فيه فسامعاً يعارضه

بخلاف الاعتناق على ما مر (ويتصدق بما زاد على نصف الثمن) لأنه لم يدخل في ضمانه أو فيه شبهة عدم الملك (يتصدق) هذا المشتري (بما زاد) من أرض البذل (على نصف الثمن لأنه) أي ما زاد على نصف الثمن (لم يدخل في ضمانه) لما ذكرنا أن اليد من الآدمي نصفه والذي دخل في ضمانه هو ما كان بمقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح مالم يضمن وهذا لأن أرض البذل نصف قيمته والحر نصف دية وعسى أن يكون نصف القيمة أكثر من نصف الثمن فلا يطيب له الغرض لأنه انما دخل في ضمانه بالثمن لا بالقيمة وذكر المصنف وجهاً آخر وهو أن (فيه شبهة عدم الملك) لأن الملك في الأرض يثبت يوم القطع مستنداً إلى يوم البيع وهو ثابت من وجهه دون وجهه وهو شبهة عدم الملك أو رد عليه ولو وجب التصديق لشبهة عدم الملك في الزوائد ينبغي أن يتصدق بالكل لأن في الكل شبهة عدم الملك لعين المذكور في بيان شبهة عدم الملك في الزوائد ولو قيل شبهة عدم الملك انما تؤثر بالمنع مع كونه لم يضمن إلا بانقراده دفع بأن كونه لم يضمن يستقل بالمنع اتفاقاً فلا حاجة إلى زيادة شبهة عدم الملك إلا لا تغيد شياء وزع في السكافي الوجهين فقال إن لم يكن العبد مقبوضاً وأخذ الأرض يكون الزائد على نصف الثمن ربح مالم يضمن لأن العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه ولو كان أخذ الأرض بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لأنه غير موجود أي الملك حقيقة وقت القطع وإنما ثبت فيه بطريق الاستناد فكان ثابتاً من وجهه دون وجهه ولو كان المشتري من الغاصب أعققت العبد ثم قطعت يده ثم أجاز المولى بيع الغاصب كان الأرض للعبد قال المصنف (وهذه) أي هذه المسئلة وفي بعض النسخ وهو (بجدة على محمد) يعني كون الأرض للمشتري بجهة على محمد في عدم تجوز اعتناق المشتري من الغاصب إذا أجاز المالك ببيع الغاصب فإنه اعتناق في ملك موقوف وهذا استحقاق أرض مملوك بملك موقوف (والعذر له) أي جوابه بالفرق (بأن الملك من وجهه يكفي لاستحقاق الأرض كالكتاب إذا قطعت يده فأنخذ أرضها ثم) محذور (رد في الرق) فإن (الأرض للمولى) مع أن ملكه فيه حال الكتابة من وجهه من كل وجه (وكذا) إذا قطعت يد العبد في المشتري والخيار للبائع ثم أجاز (البائع) (البيع) يكون (الأرض للمشتري بخلاف الاعتناق على ما مر) حيث لا يكفي فيه إلا الملك من كل وجه والثالث من الغرر وما ذكره بقوله ثبوت الملك له لما منع وهو حق الغصوب منه فإذا ارتفع ذلك بالأجازة يثبت الملك له من وقت السبب لأن الأجازة في الانتهاء كالأذن في الابتداء فتبين أن الزوائد حدثت على ملكه وذكر الإمام قاضيخان رحمه الله وإذا صححت الأجازة كان القطع حاصل في ملك المشتري فيكون الأرض له ثم قال وهذا بخلاف ما إذا غصب من آخر عسداً فقطعت يده وأدى الغاصب ضمانه حيث لا يكون الأرض للغاصب وإن ملك المضمون عند أداء الضمان من وقت الغصب لأن الغصب لم يوضع سبباً للملك وإنما يثبت الملك في المضمون مستنداً لما كان الضرر وروى على ما عرف والاستناد لا يظهر في المنفصل أما البيع فبسبب موضوع للمالك فجاز أن يعمل في المتصل والمنفصل (قوله بخلاف الاعتناق) أي لا ينفذ اعتناق المشتري فيما إذا كان الخيار للبائع على ما مر وهو قوله وبخلاف ما إذا كان في البيع خيار البائع لأنه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده يعني أن الخيار يمنع المبيع من كونه سبباً للملك في الحال فلا يملك المحل أصلاً إذا ملك انما يثبت بالسبب أما مصفة التوقف يجعل العقد كالضمان إلى ما بعد الأجازة وذلك لا يمنع كون العقد سبباً في الحال (قوله) ويتصدق بما زاد على نصف الثمن) لأنه لم يدخل في ضمانه أي أن كان القطع قبل القبض لأن المبيع إذا لم يكن مقبوضاً المشتري لا يكون في ضمانه فيكون ربح مالم يضمن (قوله) أو فيه شبهة عدم الملك) أي إذا كان القطع بعد القبض لأن الملك غير موجود حقيقة وقت

قال

قبل النظر إلى العريفسد وبالنظر إلى النفع وعدم الضرر ويجوز زفلة بالحوار الموقوف عملاً

بهما لا يقال الغرر محرم فترجح لأن الصحة في العقود أصل فعارضته على أن اعتبار الغرر مطلقاً يستلزم اعتبار التزول واجتماعه وأن لا يصح بيع ماله لا سيما في المنقولات لا سيما في الفسخ بعد الانعقاد به الملك المبيع قبل القبض وأما غرر الانفساخ فيماتحن فيه فسامعاً يعارضه

إذا المشتري الأول لم يملك حتى

يطلب من شريه آخر فجرد

البيع الثاني عرضة لغرر

الانفساخ فلم ينعقد بخلاف

الاعتاق عند أي حنيقة

وأي يوسر وجهها لانه

لا يؤثر فيه الغرر الا ترى

ان البيع قبل القبض في

المتقولات لا يصح لغرر

الانفساخ والاعتاق قبل

القبض يصح قال (فان لم يبعه

المشتري فبات في يده أو قتل

أي فان لم يبعه المشتري من

الغاصب فبات في يده أو قتل

ثم أجاز المالك البيع أي بيع

(قوله إذا المشتري الأول لم يملك

حتى يطلب من شريه آخر)

أقول فيه تامل (قوله

لغرر الانفساخ فلم ينعقد)

أقول منظور فيه فان

الشرع صرحوا في كتاب

الاكره ان الغصب منه

إذا أجاز يبع من البيوع

لوتماضت المعصوب العقود

نفذ ما أجازة خاصة ولو

لم ينفذ لما نفذ قال

المصنف (فان لم يبعه

المشتري فبات في يده) أقول

قال الاتقاني لم يذكر محمد

هذه المسئلة في الجامع الصغير

ولكن ذكره في شرحه

وصاحب الهداية أيضا

ذكره تفرعاً عن نفسه فلا

يكون قوله قال محمد في محله

لما ذكره الاتقاني نفسه

في أول باب الوطء الذي

يوجب الحدان كل موضع

يذكر فيه لفظة قال في يده

محمد أو القدرى

قال (فان باعه المشتري من آخر ثم أجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني) لما ذكرنا ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به بخلاف الاعتاق عندهما لانه لا يؤثر فيه الغرر قال (فان لم يبعه المشتري فبات في يده أو قتل ثم أجاز البيع لم يجز) لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا بالقتل اذ لا يمكن ايجاب البديل للمشتري بالقتل حتى بعد باقيا بقاء البديل لانه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبديل فحقق القوان بخلاف البيع الصحيح لان ملك المشتري ثابت فامكن ايجاب البديل له فيكون المبيع قائما بقيام خلفه

(فان باعه المشتري من آخر ثم أجاز المولى البيع الاول) أي بيع الغاصب (لم يجز البيع) أي بيع المشتري من الغاصب من الآخر (لما ذكرنا) يعني قوله لان الاجازة تثبت للبائع ملكا تاما الى آخره (ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول) أي بيع الغاصب بخلاف الاعتاق عندهما (أي عند أي حنيقة وأي يوسر) (فانه) أي الاعتاق (لا يؤثر فيه غرر) الانفساخ بدليل ان المشتري لو أعتق العبد قبل قبضه يجوز ولو باعه لا يجوز وقد روي عن أبي حنيفة أنه يتوقف البيع كما يتوقف الاعتاق واستشكل هذا التعليل بانه شامل لبيع الفضولي مطلقا غاصبا وغير غاصب اذ فيه غرر الانفساخ على تقدير عدم الاجازة ومع ذلك ينعقد موقوفات لتمام الاجازة أوجب بان هناك معارض للغرر والانفساخ مرجح عليه وهو ما تقدم من تحقق المصالح المتعدية والقاصرة من غير شائبة ضرر وليس مثله ثابتا في البيع الثاني لانه لم يملكه المشتري الاول حتى يطلب من شريه آخر فتجرد البيع الثاني عرضة لانفساخ فلم ينعقد أصلا وانما وجب تقديم ذلك المعارض لانه لو اعتبر مجرد غرر الانفساخ بلا اعتبار النفع لم يصح بيع أصلا لان كل بيع فيه غرر الانفساخ خصوصاً في المتقولات لجواز هلاك البيع قبل القبض فيفسخ فالمعتبر مانعاً غرر الانفساخ الذي لم يشبهه نفع وقر العتاني بغير هذا بين اعتاق المشتري من الغاصب حيث يفسد بالاجازة وبين بيع المشتري من الغاصب حيث لا يفسد بالاجازة بان العتق منسب للمالك فهو مقرر للمالك حكما والمقرر للشيء من حقوقه فجاز ان يتوقف بتوقفه والبيع ازاله بلا انهماء فكان ضداً لحكمه فلا يتوقف بتوقفه ولا ينفذ بنفذه والدليل على الفرق بينهما ان المشتري اذا أعتق ثم أطلع على عيب رجوع بالنقصان ولو باع ثم أطلع على عيب لا يرجع والرابع ما ذكره بقوله (فان لم يبعه المشتري) ولكن (فات في يده أو قتل ثم أجاز البيع لم يجز) لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات) وهذا في الموت ظاهر وأما في القتل فلم يعتبر ايجاب البديل للمشتري بالقتل فيكون المعقود عليه باقيا بقاء البديل فصح الاجازة كفي البيع الصحيح

القطع وانما ثبت بطريق الاستناد فكان ثابتاً من وجه دون وجه (قوله لما ذكرنا) يعني أن الملك البات اذا طرأ على ملك موقوف كذا لو اشتراه الغاصب أو اتبته يبطل بيعه بخلاف ما لو أدى الضمان بعد البيع حيث نفذ بيعه لان اداء الضمان يثبت الملك من وقت الغصب فلا يكون طارئاً ولان فيه غرر الانفساخ اذ نفذ هذا البيع معلق بنفاذ الاول ونفاذ الاول معلق باجازة المالك وهو مما يجزى العقد الاول ورجحاً لا يجزى فان أجاز نفذ العقد الثاني والا لا ينفذ فعلق نفاذه بما فيه خطر فبشع الجواز بخلاف الاعتاق لانه لا يؤثر فيه الغرر ولهذا يجوز اعتاق المبيع قبل القبض وبيعه لا يجوز لان فيه غرر الانفساخ على احتمال هلاك المبيع قبل القبض فتبين أنه مال الغير على أنه روي عن أبي حنيفة أنه يتوقف البيع كما يتوقف العتق فان قيل هذا التعليل شامل لبيع الغاصب من مشتريه وبيع الفضولي أيضاً لانه يحتمل أن يجزى المالك بيعهما ويحتمل أن لا يجزى ومع ذلك انعقد بيع الفضولي والغاصب موقوفا قلنا صح بيع الفضولي موقوفاً لما ذكرنا أن فيه نفعاً للمالك حيث يكفي مؤنة طلب المشتري الى آخره فربحنا جانب النفع على جانب غرر الانفساخ فقلنا ينعقد موقوفاً ومثل هذا النفع لا يؤثر في البيع الثاني لانه لم يحل المشتري الاول حتى يطلب من شريه آخر فتجرد البيع الثاني عرضة لغرر الانفساخ (قوله بخلاف البيع الصحيح) فانه اذا باع عبداً صح ما تم قتل في يد البائع لا يفسخ

الغاصب لم يجز بالتغافل لما ذكرنا أن الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فوات بالموت والقتل لا امتناع بإيجاب البديل للمشتري بالقتل فلا
يعقد باقية البديل لانه لا ملك للمشتري عند القتل لما يكايق البديل لان ملكه ملكه موقوف وهو لا يصلح أن يكون مقابلاً للبديل بخلاف
البيع الصحيح فانه اذا قتل المبيع قبل (٢٠٠) القبض لا ينفسخ لان ملك المشتري ثابت بات فامكن إيجاب البديل فيكون المبيع

قال (ومن باع عبداً بغير أمره وأقام المشتري البيعة على اقرار البائع أو رب العبد أنه لم يأمره بالمبيع وأراد رد المبيع لم تقبل بيئته) للتناقض في الدعوى اذا اقدام على الشراء اقرار منه ببعته والبيعة مبنية على صحة الدعوى (وان أقر البائع بذلك عند القاضي بطل البيع) ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار والمشتري ان يساعده على ذلك فيحقق الاتفاق بينه ما فلهذا شرط طلب المشتري قال رحمه الله وذكري الزيادة ان المشتري اذا صدق مدعيه ثم أقام البيعة على اقرار البائع انه لا تحقق تقبل وفرقوا ان

اذا قتل فيه العبد قبل القبض فان البيع لا ينفسخ كما ينفسخ بالموت بل يجعل قيام بده كقيامه فيختار المشتري بين أن يختار البيع فيدفع الثمن ويرجع ببدل العبد على قاتله وبين أن يفسخه فيه صير الى البائع فدار الفرق بانه لا مال للمشتري من الغاصب حال القتل لما يكايق البديل لانه ملكه موقوف والملك الموقوف لا يقابل بالبديل بخلافه في البيع الصحيح (قوله ومن باع عبداً بغير أمره) قوله بغير أمره وان وقع في الجامع الصغير فليس من صورة المسئلة بل صورته باع عبداً بغير أمره من رجل فاقام ذلك المشتري بيعة على اقرار البائع انه لم يأمره ماله كبيعته أو أقام على قول رب العبد ذلك وأراد بذلك رد العبد فان هذه البيعة لا تقبل للتناقض على الدعوى اذا اقدام على الشراء دليل دعواه صحته وانه ملك بيعه ودعواه اقراره بعدم الاسر يناقضه اذ هو دليل انه لم يصح ولم يملك البائع البيع وقبول البيعة بيني على صحة الدعوى فيتحصل لم تصح تقبل ولو لم تكن بيعة بل ادعى البائع بعد البيع ان صاحبه لم يأمره ببيعه وقال المشتري أمره أو ادعى المشتري عدم الامر فالقول لمن يدعي الامر لان الآخر من اقدم اذ اقدمه على البيع والشراء دليل اعترافه بالبيعة وقد ناقض بدعواه عدم الامر بخلاف الآخر ولذا ليس له أن يستغله لان الاستغلاف يترتب على الدعوى الصحيحة لا الباطلة ذكره في شرح الزيارات بخلاف ما لو أقر البائع عند القاضي بذلك حيث يحكم بالعلان والردان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار ولذا صح اقراره بالشئ بعد انكاره اياه الآن الاقرار بجهة قاصرة يعني انما ينفي في حق المقر خاصة فاذا وافقه المشتري نفذت عليه ما فلهذا شرط طلب المشتري حتى يكون انقضاء باتفاقهما لا بمجرد اقرار البائع والمرد بفسخ القاضي أنه قضى اقراره سماعاً لأن الفسخ يتوقف على القضاء وفر وعهان صاحب العبد اذا حضر وصدة ما نفذ الفسخ في حقه وتقرير وان كذب ما وقال كنت أمرته كان القول قوله لما ذكرنا ان اقدامهما اقرارهما بالامر فلا يعمل رجوعهما في حقه وبغيرم البائع الثمن له ويكون المبيع للبائع لاله ويبطل عن المشتري الثمن لا ذكري في قول أبي حنيفة ومحمد وعنده أبي يوسف يبقى في ذمة المشتري لا ذكري ويرجع المشتري على البائع بمثل الثمن بناء على أن الوكيل بالبيع يملك ابراء المشتري عن الثمن عند أبي حنيفة ومحمد يملك الاقالة بغير رضا الآخر وعلى قول أبي يوسف لا يملك (قوله وذكري الزيادة) الى آخره صورة مسئلة التي يادان اشترى جارية وقبضها ونقد الثمن ثم ادعاها فاستحق كان المشتري خصم لانه يدعيها لنفسه فان أقرها للمدعي أمرت بسلبها ولا يرجع بالثمن على بائعه لان اقراره به لاله لا يكون حجة على البائع وكذا لو جدد دعواه خلف فشكل ف قضى عليه بالنكول لان نكوله ليس حجة على غيره لانه كاقراءه فرق بين هذا

العقد لثبوت المالك عند القتل فامكن إيجاب البديل فيعقد المبيع قائماً بقيام خلفه (قوله وان أقر البائع بذلك عند القاضي) انما قيد بقوله عند القاضي لان اقراره انما يثبت عند القاضي اذا أقر عنده لانه لا يسمع البيعة عليه للتناقض في الدعوى (قوله وذكري الزيادة) ان المشتري اذا صدق مدعيه ذكري محمد رحمه الله في الزيادة ان رجل اشترى جارية بالف درهم ونبضها ونقد الثمن ثم أقام البيعة على اقرار البائع أن الجارية لفلان وفلان

قائماً بقيام خلفه وهو القية أو المشتري بالخيار فان اختار البديل كان البديل للمشتري قال (ومن باع عبداً بغير أمره) رجل باع عبداً بغير أمره باع عبداً بغير أمره فقال المشتري ارد البيع لانك بعته بغير أمر صاحبه وعند البائع ذلك فاقام المشتري البيعة أن رب العبد أو البائع أقر انه لم يأمره البائع ببيعه (لا تقبل بيئته) لانما تبني على صحة الدعوى فان صححت الدعوى صححت البيعة والا فلا وههنا بطلت الدعوى (للتناقض) لان اقدم المشتري دليل على صحة الشراء وان البائع يملك البيع ذلك البيع ثم دعواه بعد ذلك انه باع بغير أمر صاحبه دليل على عدم صحة الشراء وان البائع لم يملك البيع بفصل التناقض المبطل للدعوى المستلزمة صحتها لقبول البيعة (وان أقر البائع بذلك) أي بانه باعه بغير أمره (بطل البيع) ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار ألا ترى أن من أنكر شيئاً ثم أقر به صح اقراره الآن الاقرار بجهة قاصرة لا ينفذ في حق الغير فاذا ساعده

المشتري على ذلك تحقيق الاتفاق بينهما فجاز أن ينقض وذكري المصنف رحمه الله مسئلة التي يادان نقضاً على مسئلة الجامع الصغير وتصويرهما قبل رجل ادعى على المشتري بان ذلك العبد له وصدة المشتري في ذلك ثم أقام البيعة على البائع انه أقر بان البيع لهذا المستحق تقبل البيعة وان تناقض في دعواه

العبد

قال (وفرقوا) أي المشايخ بين رايي الجامع الصغير والزيادات (بان العبد في هذه المسئلة) أي في مسئلة الجامع الصغير (في يد المشتري) فيكون المبيع سالما له فلا يثبت له حق الرجوع بالثمن مع سلامة المبيع له لان شرط الرجوع بالثمن عدم سلامة المبيع (وفي تلك) أي مسئلة الزيادات العبد المبيع في يد المستحق فلا يكون المبيع سالما للمشتري فيثبت له حق الرجوع لوجدان شرطه قبل في هذا الفرق نظرا لان وضع المسئلة في الزيادات أيضا في أن العبد في يد المشتري ولئن سلمنا أنه في يد المستحق فلا يلزم قبول (٢٠١) البينة لبقاء التناقض المبطل للدعوى

والاولى أن يقال ان المشتري

أقام البينة على اقرار البائع

قبل البيع في مسئلة الجامع

الصغير فلم تقبل التناقض

وفي مسئلة الزيادات أقام البينة

على الاقرار بعد البيع فلا

يلزم التناقض فقبلت البينة

قال صاحب النهاية ولم

يتضح لي فيه شيء سوى هذا

بعد أن تأملت فيه رهقة من

الدهر وفيه نظر لان التوفيق

في وضع الجامع الصغير يمكن

لجواز أن يكون المشتري

أقدم على الشراء ولم يعلم

باقرار البائع بعدم الامر ثم

ظهر له ذلك بأن قال عدول

سمعه فقبل البيع أقر

بذلك ويشهدون به ومثل

ذلك ليس بمائع كالتقدم

والواضح في الفرق ما ذكره

المصنف على ما قررناه وما

قبل ان التناقض المبطل

للدعوى بان يجب عنه بأن

المشتري غير متناقض من

كل وجه لانه لا يتركز العقد

أصلا ولا ملك الثمن للبائع فان

بيع مال الغير منه قد بدل

المستحق بمالك وانما يتركز

وصف العبد وهو الصحة

واللزوم بعد الاقرار به من

حيث الظاهر فكان متناقضا

العبد في هذه المسئلة في يد المشتري وفي تلك المسئلة في يد غيره وهو المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالما للمشتري

وبين الوكيل بالبيع اذ ارد عليه بعيب يحدث مثله باقراره لا يلزم الموكل وان رد عليه بشكواه يلزمه كرده بالبينة لان المشتري مختار في النكول لانه امتنع عن البين مع وجود ما يعلق له الحلف وهو البيع الذي هو ظاهر في الملك ولو كان مضطرا فلا مضطر اذ انما الحق بعمل باثمه بنفسه فلا يظهر حكم نكوله في حق الغير أما الوكيل فمضطر في النكول اذ لم يوجد ما يعلق له الحلف فان غير المالك يخفى عليه عيب ملك المالك ولو قال المشتري أنا أقيم البينة انما للمستحق لا رجوع على البائع لا يلتفت اليه لانه مناقض في دعواه لان اقدمه على الشراء اقرار منه بملك البائع وبصحة البيع وبه هذه البينة ناقض فرق بين هذا وبين ما ذكر في الماذون وجل اشترى عبدا وقبضه ونقد الثمن ثم أقام البينة ان البائع باع العبد قبل ذلك من فلان الغائب بكذا قبلت ببينته مع انه مناقض ساع في نقض ما تم به والثانية ما روي ابن سماعة عن محمد اذا وهب لرجل جارية فاستولدها الموهوب له ثم أقام الواهب ببنته انه كان دبرها واستولدها قبلت ببينته غير جمع على الموهوب له بالجارية والعرق وقية الولد مع انه مناقض ساع في نقض ما تم به وفرق أما في مسئلة الواهب فالفرق ان تناقضه فيما هو من حقوق الحرية كالتدبير والاستيلاء والتناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى وعندى ان هذا غير صحيح لان التناقض انما قبل في دعوى الحرية لانهم مما ساقدي يخفى على المتناقض المدعى به بعد اقراره بالرق والغافل بنفسه للتدبير مثلا والاستيلاء لا يخفى عليه فعل نفسه من استيلاده ووطئه فيجب ان لا يقبل تناقضه ولا يحكم ببينته وأما في مسئلة الماذون فبانه لو أقام البينة على البيع من الغائب قبل البيع منه فقد أقامها على اقرار البائع انه ملك الغائب لان البيع اقرار من البائع بانتقال الملك الى المشتري ثم مسئلة الاستحقاق لو أقامها على اقرار البائع انها للمستحق قبلت لانه ثبت لنفسه حق الرجوع على البائع باقراره وهو خصم في ذلك وثبت ما ليس بثابت وهو اقرار البائع ولو كان مناقضا لتناقض يرتفع بتصديق الخصم وهو يثبت بما تصديق الخصم ويجوز أن تقبل البينة على اقرار الخصم ولا تقبل على نفس الحق كما قال علماءنا فبين في يده عبدا فدعا رجلا فقام صاحب اليد البينة انه اغلن الغائب لا تقبل ببينته ما لم يدع الوصول اليه من جهة الغائب ولو أقامها على اقرار المدعى تقبل وان لم يدع الوصول اليه من جهته وفرق في شرح الزيادات بين هذا وبين مسئلة الجامع المذكورة في الهداية وهو انه لا تقبل ببينة المشتري على اقرار البائع انه لم يأمه كالا تقبل على دعواه أنه لم يأمه بانه وضع

يدها قبلت ببينته ولا فرق بينهما سوى أن البائع هنا أصيل وهناك وكيل وفرقوا أن العبد في مسئلة الجامع الصغير في يد المشتري وفي مسئلة الزيادات في يد المستحق وشرط الرجوع بالثمن أن لا تكون العين سالمة للمشتري واذا كان كذلك يصح دعوى الرجوع بالثمن في مسئلة الزيادات لوجود شرطه وفي مسئلة الجامع الصغير لا يصح دعوى الرجوع بالثمن لعدم شرطه وقال بعض مشايخنا انما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع وموضوع الجامع الصغير فيما اذا أقام بينة على اقرار البائع قبل البيع واقدمه على الشراء ينفي اقرار البائع قبل البيع أنه للمستحق فصار متناقضا والتناقض لا تصح دعواه ولا تسمع ببينته

(٢٦ - فتح القدير والكفاية) - سادس (من وجه دون وجه فجعلناه متناقضا في مسئلة الجامع الصغير لانه لا يفيد فائدة الرجوع بالثمن لسلامة المبيع له اذ هو في يده ولم نجعله متناقضا في الفصل الثاني لانه يفيد فائدة الرجوع بالثمن لعدم سلامته لكونه في يد غيره (قوله قيل في هذا الفرق نظر) أقول القائل هو الاتقاني (قوله وما قيل الى قوله يجب عنه بان المشتري الخ) أقول هذا الجواب مذ نوري الخبازية يوزن زيادات قاصيها ان ثم قوله يجب عنه من قبل قوله وما قيل ان التناقض الخ (قوله متناقضا من وجه) أقول أي من حيث اللفظ (قوله دون وجه) أقول أي من حيث الحقيقة وتوالت أعلم

المسئلة في الجامع فيما اذا كان المبيع في يد المشتري فهو سالم له من حيث الظاهر وسلامة المبيع من حيث الظاهر تمنع الرجوع بالثمن فلا يكون مدعي باحق الرجوع وفي الزيادة وضع فيما اذا أخذت الجارية من يد المشتري فكان مدعي لنفسه حق الرجوع قال ولا يقال في مسئلة الماذون المبيع في يد المشتري ومع هذا قبلت بينته لانا نقول ذلك محمول على ما اذا أخذ العبد من يده وهذا هو فرق المصنف وهو منظور فيه بان وضع مسئلة الزيادة ابضا في أن الجارية في يد المشتري كما أنه عليك فالاولى ما ذكر في العوائد الظهيرة من بعض المشايخ أن مسئلة الجامع محمولة على أن المشتري أقام البينة على اقرار البائع قبل البيع أما اذا أقامها على اقراره بعد البيع أن رب العبد لم يأمره بالبيع فتقبل لان اقدام المشتري على الشراء يناقض دعواه اقرار البائع بعدم الامر قبل البيع ولا يناقض دعواه اقراره بعدم الامر بعد البيع قال ومسئلة الزيادة محمولة على هذا أيضا فتقع الغنية عن التفرقة بين المسائلتين انتهى وقيل مسئلة الجامع محمولة على اقرار البائع أو رب العبد قبل البيع فلم تقبل للتناقض والزيادة على اقراره بعد البيع فلم يلزم التناقض فقبلت ومما يناسب المسئلة باع عبد غيره لا أمره ثم اشتراه من مولاه ثم أقام البائع البينة أنه اشترى العبد من مولاه بعد بيعه أو ورثه بعد البيع قال محمد تقبل بينته ويطلب البيع الاول ومن فروع مسئلة الاستحقاق على ما في شرح الزيادة مالو قال المشتري للقاضي سل البائع أن الامة للمستحق أو ليست له أجابه القاضي الى ذلك لانه يدعي أنه مظلوم وله حق الرجوع عليه بالثمن باقراره فيسأله القاضي فان أقرب ذلك ألزمه الثمن وان أنكره وطلب المشتري تحليفه أجابه القاضي الى ذلك فنهى من قال انما يحلف لانه ادعى عليه مدعى لو أقربه يلزمه فاذا حدى يستحلف كما في سائر الدعاوى فانه قيل نعم هو كذلك لكنه مناقض لان شراءه اقرار منه بصفته ودعواه انه ملك المستحق انكار ذلك ولهذا لا تقبل بينته وكذا لا تقبل البينة الا بعد دعوى صحته لا يستحلف الا بعد دعوى صحته دل عليه ما في الماذون اشترى عبد شيئا ثم قال أنا محجور وقال البائع ماذون فأراد العبد ان يقيم البينة على ما ادعى لا تقبل ولا يستحلف خذهم وان أقربه البائع يلزمه وذكر في الجامع أن المشتري لو أراد استحلاف البائع انك ما بعته من فلان قبل أن تبيعه متى لم يكن له ذلك وان أقربه البائع يلزمه والجواب أن في مسئلتنا المشتري غير مناقض من كل وجه لانه لا ينكر العقد أصلا ولا الثمن فان بيع مال الغير منعه بدو بدل المستحق مملوك وانما ينكر وصف العقد وهو اللزوم بعد الاقرار من حيث الظاهر فكان متناقضا من وجه دون وجه فجعلناه مناقضا في حق البينة ولم نجعله مناقضا في حق اليمين ليكون عملا بهما والعمل على هذا الوجه أولى لان البينة حجة متعددة فالزم نجعله مناقضا في حقها يلزمنا أن لا نجعله مناقضا في حق اليمين بطريق الاولى بخلاف مسئلة الماذون لان العبد منكر لحكم العقد أصلا لان شراء المحجور لا يوجب ملك الثمن فكان مناقضا من كل وجه وبخلاف مسئلة الجامع لان ثمة المبيع في يد المشتري فلا يكون له حق الخصومة وهذا على طريق الموافقة للمصنف في الفرق قال ولولم تستحق الجارية واكن ادعت أنها حرة الاصل فان أقرب المشتري بذلك أراستحلف فنسكل وقضى القاضي بحريته الم يرجع المشتري على البائع أما حرية الجارية فلا انها كانت له من حيث الظاهر فصح اقراره ولا يرجع على البائع لان نكوله واقراره حجة عليه دون غيره منهم من قال قوله فاستحلف فنسكل غلط من الكاتب لان الاستحلاف لا يجري في دعوى الرق في قول أبي حنيفة وعندهما يجري الآن اليمين تكون على الامة فلا معنى لقوله فابي المشتري اليمين ومنهم من قال بل هو صحيح لان موضوع المسئلة فيما اذا بيعت الامة وتسلبت فانقادت لذلك فانه يادها كاقرارها بالرق فدعواها الحرية كدعوى العتق العارض فيكون الثمن على المشتري لان الظاهر شاهده فلوان المشتري أقام البينة على البائع أنها حرة قبلت بينته ويرجع عليه بالثمن فرق بين هذا وبين الاستحقاق من وجهين أحدهما أنه ليس بمناقض في فصل الحرية لانه فيها يظهر بينته أنه أخذ الثمن بغير حق وذلك دين عليه لان الحرية تنفي انعقاد العقد وملك اليمين للبائع فكانت البينة مظهرة أن اقدامه على الشراء لم يكن اقرارا بانعقاد العقد فلا يتحقق التناقض أما الاستحقاق فلا يمنع انعقاد العقد ولا ملك الثمن للبائع فلو وموضوع الزيادة فيما اذا أقام بينة على اقرار البائع بعد البيع أنه للمستحق واقدامه على الشراء لا ينفي

قال (ومن باع دار الرجل وأدخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع) عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول أبي يوسف رحمه الله آخره وكان يقول أولاً يضمن البائع وهو قول محمد رحمه الله وهو مسألة غصب العقار وسنبيته أن شاء الله تعالى والله تعالى أعلم بالصواب

قبلنا بينة المشتري أنها للمسحق لا يظهر بينته أنها للمسحق لأن إقدامه على الشراء إقرار بذلك اليقين للبائع ومع بقاء ذلك الإقرار يتحقق التناقض ويصير مكذباً بشهاده ساعياً في نقض ما تم به والوجه الثاني أنه مناقض في الفصلين الآن هذا تناقض لا يحتمل النقص فلا يمنع صحة الدعوى كالأول تزوج امرأة ثم أقامت البينة أنها أخته من الرضاع أو أقامت البينة أنه طلقها ثلاثاً ثم تزوجها قبل أن تنكح غيره وكذا لو أعتق عبده على مال ثم أقام العبد البينة أنه أعتقه قبل ذلك قبلت واختلف أصحابنا رحمهم الله فبعض باع أرضاً ثم أقام بينة أنه باع ما هو وقف منهم من قال لا يقبل لأنه يحتمل الفسخ فصار كالبيع ومنهم من قال يقبل لأنه لا يحتمل الفسخ بعد القضاء فصار بمنزلة التديرو ونحوه وذكر أبو بكر الرازي رحمه الله أنما تقبل بينة المشتري أنها حرة لأنها شهادة قامت على حصة الفرج فتقبل من غير دعوى حتى لو كان مكان الأمة عبد على قول أبي حنيفة لا تقبل وعلى قولهما تقبل لأنها شهادة على عتق العبد فلا تقبل من غير دعوى والتناقض يمنع الدعوى ولو ادعى المسحق أنها أمته أعتقها أو دبرها أو ولدت منه فاقتر المشتري بذلك أو أبي اليمين وقضى عليه لا يرجع على البائع بالثمن لما قلنا فإن أقام المشتري البينة على البائع بذلك أن شهد الشهود على أن ذلك كان قبل الشراء قبلت بينته ورجع عليه بالثمن لأنه ثبت بينته أنهم لم تدخل في العقد فكان مدعيه بالدين فلا يكون مناقضاً فإن شهدوا على أن ذلك كان بعد الشراء بينتهما لا تقبل بينته لأنها وقت العقد كانت مملوكة محلاً للعقد والاعتاق المتأخراً لا يبطل الشراء السابق (قوله ومن باع دار الرجل) أي عرصه غيره بغير أمره وفي جامع نحر الإسلام معنى المسئلة إذا باعها ثم اعترف بالغصب بعدما أدخلها المشتري في بنائه فسكذبه المشتري (لم يضمن البائع عند أبي حنيفة) لمن أقر بالغصب منه (وهو قول أبي يوسف آخره) وكان يقول أولاً يضمن وهو قول محمد وهو مسألة غصب العقار هل يتحقق أولاً عند أبي حنيفة فلا يضمن وعند محمد نعم فيضمن * (فروع) * تتعلق بهذا الفصل باع الأمة فضولي من رجل وزوجها منه فضولي آخر فاجبر ما عاتبت الأقوى فتصير مملوكة لازمة ووجه قول زوجها من رجل فاجبراً بطلان ولو باعها من رجل فاجبراً تنصف بينهما ويخبر كل منهما بين أخذ النصف أو الترتك ولو باع فضولي وأجره آخر ورهنه أو وزوجه فاجبراً معاتبت الأقوى فيبيع أو يبطل غيره لأن البيع أقوى وكذا ثبتت الهبة إذا وهبه فضولي وأجره آخر وكل من العتق والكتابة والتدبير أحق من غيره لأنها لازمة بخلاف غيرها والأجارة أحق من الرهن لأنها مملوكة المنفعة بخلاف الرهن والبيع أحق من الهبة لأن الهبة تبطل بالبيع فبطلان البيع كهيئة فضولي عبداً أو يبيع آخر يراه يستويان لأن الهبة مع القبض تساوي البيع في إفاضة الملك وهبة المشاع فيما لا يقسم صحيحة فيما أخذ كل النصف ولو تبايع غاصباً عرضي رجل واحد فاجاز لم يجز لأن فائدة البيع ثبوت ملك الرقبة والتصرف وهما حاصلان للمالك في البدلين بدون هذا العقد فلم ينعتقد فلم تلحقه الإجارة ولو غصب من رجلين وتبايعا وأجاز المالك جاز ولو غصب النذرين من واحد وعقد الصرف وتقابضا ثم أجاز جاز لأن النقود لا تتعين في المعاوضات وعلى كل واحد من الغاصبين مثل ما غصب وتقدم أن المختار في بيع المهرن والمستأجره موقوف على إجازة المستأجر والمرتهن فلو وصل إلى المالك بوفاء الدين أو الإبراء أو فسخ الإجارة أو تمام المدة تم البيع ولو لم يجز فلامشترى خيار الفسخ إذا لم يعلم وقت البيع بهما وأن علم فذلك عند محمد وقبل هو ظاهر الراية وعند أبي يوسف ليس له الفسخ إذا علم وقبل هو ظاهر الراية وليس للمستأجر فسخ البيع بالاختلاف ولا للراهن والمؤجر وفي المرتن اختلاف المشايخ وفي مجموع النوازل بيع المغصوب موقوف أو أقر به الغاصب أو كان للمغصوب منه بنسبة عادلة فلو أجاز تم البيع والا فلا ولو هلك قبل التسليم انتقض البيع وقيل لأنه أخلف بدلاً والاول أصح وروى ابن سماعة عن أبي

إقرار البائع بعد البيع أنه للمسحق فلا يصير متناقضاً فتقبل بينته وأنه أعلم

وكان ذلك عملاً بالسببين
بقدر الامكان فصرنا إليه
قال (ومن باع دار الرجل)
قبل معناه باع عرصته غيره
بغير أمره (وأدخلها المشتري
في بنائه) قيل يعني قبضها
وإنما قيد بالدخل في البناء
اتفاقاً لم يضمن البائع أي
قيمة الدار (عند أبي حنيفة
وهو قول أبي يوسف آخره)
وكان يقول أولاً يضمن وهو
قول محمد وهو مسألة غصب
العقار على ما سبق

(باب السلم)

يوسف وبشر عن محمد أن شراء المغصوب من غاصب جاحد يجوز و يقوم المشتري بمقام البائع في الدعوى وعن أبي حنيفة وأبي ثوبان رجل غصب عبدا و باعه ودفعه إلى المشتري ثم أن الغاصب صالح المولى من العبد على شيء قال محمدان صالحه على الدراهم والدنانير كان كالحذ القيمة من الغاصب فبذبيح الغاصب وان صالحه على عرض كان كالبيع من الغاصب فيبطل بيع الغاصب ومن البيوع الموقوف ببيع الصبي المحجور والذي يعقل البيوع ويقضه وكذا شراؤه على إجازة وله والده أو وصيه أو جده أو القاضى وكذا الذى بلغ سغها والمعنوه وكذا بيع المولى عبده المأذون المديون يتوقف على إجازة الغرماء في الصحيح خلافا لمن قال فاسد قاي قبض المولى الثمن فهلك عبده ثم أجازا الغرماء بيعه صححت إجازتهم وبهلك الثمن على الغرماء وإن أجاز بعضهم البيوع ونقضه بعضهم بحضرة العبد والمشتري لا تصح الإجازة ويبطل البيوع ومنه بيع المريض عيما من وارثه يتوقف على إجازة الورثة أو صحة المريض فان صح من مرضه نفذ وان مات منه ولم تجز الورثة بطل والله أعلم

(باب السلم)

تقدم أن البيع ينقسم إلى بيع مطلق ومقايضة وصرف وسلام لانه ما بيع عين بثمن وهو المطلق أو قلبه وهو السلم أو ثمن بثمن فالصرف أو عين بعين فالمقايضة ولم يشترط في المطلق والمقايضة قبض فتقدم ما شرط في الآخر في في الصرف قبضه ما وفي السلم قبض أحدهما فقدم انتقالا بتدريج وخص باسم السلم التحقق إيجاب التسليم شرعا فبما صدق عليه أعني تسليم رأس المال وكان على هذا تسمية الصرف بالسلم أليق لكن لما كان وجود السلم في زمنه صلى الله عليه وسلم هو الظاهر العام في الناس سبق للاسلمه ويعرف مما ذكر أن معناه الشرعى بيع أجل بعاجل وما قبل أخذ عاجل بأجل غير صحيح لصدقة على البيع بثمن مؤجل وعرف أيضا أنه يصدق على عقده بلفظ البيوع بان قال المسلم اليه بعتك كذا حنطة بكذا إلى كذا ويذكر باقي الشروط أو يقول المسلم اشترت منك إلى آخره وفيه خلاف زفر وعيسى بن أبان وصحة المذهب عنه عسر الوجه لان العبرة للمعنى ومعنى أسلمت اليك إلى كذا وبعتك إلى كذا في البيوع مع باقي الشروط واحد وان كان على خلاف القياس فذلك باعتبار أمر آخر لا بما يرجع إلى مجرد اللفظ وعرف أن ركنته كن البيوع وسبب شرعيته شدة الحاجة اليه وسيد كر المصنف شرائطه وأما حكمه فثبت الملك للمسلم اليه في الثمن ولرب السلم في المسلم فيه الدين الكائن في الذمة أما في العين فلا يثبت الا بقبضه على انعقاد مبادلة أخرى على ما سيعرف والمؤجل المطالبة بما في الذمة ومعناه لغة السلف فاعتبر في الشرع كأن الثمن يسلفه المشتري للبائع ليقتضيه اياه وجعل اعطاء العوض للمسلم اليه فيه قضاء كائنه هو اذ لا يصح الاستبدال فيه قبل القبض وجعل الهزمة في أسلمت اليك للسلب بمعنى أزلت سلامة رأس المال حيث سلمته إلى مغلس ونحو ذلك بعدد ولا وحده الا باعتبار المدفوع هالك وصحة هذا الاعتبار تتوقف على غلبة ثوابه عليه وليس الواقع أن السلم كذلك بل

(باب السلم)

لما فرغ من أنواع البيوع التي لا يشترط فيها قبض العوضين أو أحدهما شرع في بيان ما يشترط فيه ذلك وقدم السلم على الصرف ليكون الشرط فيه قبض أحد العوضين فهو بمنزلة المفرد من المركب وهو في اللغة عبارة عن نوع بيع مجمل فيه الثمن وفي اصطلاح

(باب السلم)

(باب السلم)

هو أخذ عاجل بأجل واختص بهذا الاسم لانه تصاصه بحكم بدل الاسم عليه وهو تجميل أحد البدلين وتأجيل الآخر وقيل السلم والسلف بمعنى ويسمى هذا العقد به لكونه مجعلا على وقته فان أو ان البيوع بعدد وجود المعقود عليه في ملك العاقدين والسلم انما يكون عادة بما ليس بموجود في ملكه فلكون العقد مجعلا على وقته سمي سلمًا وسلفًا وهو مشروط بالكتاب فقد قال ابن عباس رضي الله عنه أشهد أن الله تعالى أحل السلم لمؤجل وأنزل فيه أطول آية وتلا قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا تدانتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه والسنة هو قوله عليه السلام و رخص في السلم واجماع الامتوالقياس يابى جوازه لان المسلم فيه مبيع وهو معدوم وبيع موجود غير مملوك أو مملوك غير مقدو والتسليم لا يصح فيه بيع المعدوم أحق ولو كذا في كتابهما ذكرنا يصح بلفظ البيوع بان يقول اشترت منك كذا برصفتك كذا بكذا إلى كذا على أن توفيه في مكان كذا وقال زفر رحمه الله لا يصح لانه عقد خاص يثبت بلفظ خاص بخلاف القياس فلا يبعد عنه ولنا أن كل

الغفهاء هو أخذ عاجل بأجل قبل فهو بالمعنى اللغوي الآن في الشرع اقترنت به زيادة شرائط ورد بان السلعة اذا بيعت بشئ من مؤجل وجد فيه هذا المعنى وليس بسلم ولو قيل ببيع عاجل بعاجل لاندفع ذلك وركنه الايجاب والقبول بان يقول رب السلم لا تخراست اليك عشرة دراهم في كرحطة أو اسلفت فيقول لا تخراست ويسمى هذا رب السلم والآخر المسلم اليه والحنطة المسلم فيه ولو صدر الايجاب من السلم اليه والقبول من رب السلم صح وشرط جواز سبذ كرف في أثناء كلامه ان شاء الله تعالى قال (السلم عقد مشروع بالسلم عقد مشروع على ذلك الكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا تدانيتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه ومعناه اذا تعاينتم بدين مؤجل فكتبوه وفائدة قوله مسمى الاعلام بان من حق الاجل أن يكون معلوما وجه الاستدلال (ماروى عن ابن عباس رضى الله عنهما أشهد أن الله أحل السلف المضمون وأنزل فيها) أى في السلف على تاويل المداينة أطول آية في كتاب (٢٠٥) الله وتلاقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا

اذا تدانيتم الآية) فان قيل هذا استدلال بخصوص السبب ولا معتبر به قلنا عموم اللفظ يتناوله فكان الاستدلال به (قوله المضمون) صفة مقدرة للسلف كافي قوله تعالى يحكم بها النبيون الذين أسلموا ومعناه الواجب في الذمة وأما السنة (فما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع ما ليس عند الانسان وورخص في السلم والقياس وان كان ياباه ولكن ان كان ياباه ووجه القياس أنه ببيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه قال (وهو جائز في المكيلات والموزونات) لقوله عليه الصلاة والسلام من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم

الغالب الاستيفاء (قوله وهو) يعنى السلم (عقد مشروع بالسلم وهو آية المداينة) أخرج الحاكم في المستدرک بسنده وصححه على شرطهما عن قتادة عن أبي حسان الاعرج عن ابن عباس رضى الله عنهما قال أشهد أن السلف المضمون الى أجل مسمى قد أحله الله في الكتاب وأذن فيه قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا تدانيتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه الآية وعنه رواه الشافعي في مسنده والطبراني وابن أبي شيبة وعزه بعض متأخري المصنفين الى البخاري وهو غلط فانه لم يخرج في صححه لابي حسان الاعرج واسمعه مسلم والمصنف قد ذكر لفظ الحديث أحل السلف المضمون فقال بعض المشايخ المراد بالمضمون المؤجل بدليل أنه في بعض رواياته السلف المؤجل وعلى هذا فهو صفة مقررة لا مؤسسة ويكون ما روى المخرجون الذين ذكرناهم من قوله المضمون الى أجل جمع بين مقررين وقوله مسمى أى معين (و) كذا (بالسنة) الآن لفظ الحديث كذا كره المصنف فيه غرابة (وهو أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان وورخص في السلم) وان كان في شرح مسلم للقرطبي ما يدل على أنه عثر عليه بهذا اللفظ قبل والذي يظهر أنه حديث مركب من حديث النهى عن بيع ما ليس عند الانسان رواه أصحاب السنن الاربعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عنه صلى الله عليه وسلم لا يحل سلف وبيع الى أن قال ولا تباع ما ليس عندك قال الترمذي حسن صحيح وتقدم والرخصة في السلم رواه الستة عن أبي المنهال عن ابن عباس قال قدم النبي صلى الله عليه وسلم والناس يسلفون في الثمر السنة والستين والثلاث فقال من أسلف في شئ فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم وفي البخاري عن عبد الله بن أبي أوفى قال ان كنا نسلف على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر رضى الله عنهم في الحنطة والشعير والتمر والزبيب ولا يخفى أن جوازه على خلاف واحد منهم ما غلبت مال ببال والبيع اسم جنس فاصيب به كما يصاب زيد باسم جنسه (قوله والسلف المضمون) أى السلم الواجب في الذمة وهو صفة مقررة لا مميزة كافي قوله تعالى يحكم بها النبيون الذين أسلموا

فان قيل من أسلم شرطية وهو لا يقتضى الجواز كافي قوله تعالى قل ان كان للرحمن ولد فانا أول العابدين (قوله أخذ عاجل بأجل) أقول يجوز أن يقال المراد أخذ شئ عاجل بأجل بقرينة المعنى اللغوي اذا الاصل هو عدم التغير الآن يثبت بدليل (قوله قبل فهو الخ) أقول القائل هو صاحب النهاية (قوله ورد بان السلعة) أقول الرذالة تقاى (قوله ولو قيل ببيع عاجل بعاجل الخ) أقول قوله ولو قيل الخ أيضاً من كلام الاتقاني (قوله فان قيل استدلال بخصوص السبب ولا معتبر به) أقول ان أراد أنه لا معتبر به مطلقاً فظاهر أنه ليس كذلك وان أراد أنه لا معتبر به في نفي تناوله لمساعد ذلك السبب فسلم ولا يفيد ذلك بنازع أحد في تناوله لا سبب وان نوزع في تناوله لغیره كالأخ في فلا حاجة الى اعتبار يوم اللفظ مع أن وجوده فيما نحن فيه محل تأمل وأيضا لو كان الاستدلال به لم يكن وجه الاستدلال ما روى من ابن عباس فناقض آخر كلامه أوله (قوله وهو يتضمن الجواز) أقول فان وجوب الوصف بشرط يتضمن جواز وصفه شرعا هذا هو

فالجواب أن الدليل قد دل

على وجود السلم في الشرع وانما الحديث يستدل به على جواز في المكيلات والموزونات (والمتراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لانهما أثمان والمسلم فيه لا يكون ثمن بل يكون مئمة فلا يصح السلم فيه ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بعباشين مؤجل تحصيله المقصود المتعاقدين بقصد الامكان والاعتبار في العقود للمعاني) والاول قول عيسى بن ابيان والثاني قول أبي بكر الاعمش رجما الله وهذا الاختلاف فيما اذا سلم حنطة أو غيرها من العروض في الدراهم والدنانير لم يكن أن يجعل بيع حنطة بدراهم مؤجلة بناء على أنهم مقصد امبادلة الحنطة بالدراهم وأما اذا كان كلاهما من الاثمان بأن أسلم عشرة في عشرة دراهم أو في دنانير فانه لا يجوز بالايجاع وما ذكره عيسى أصح لان التصحيح انما يجب في محل أو جبا العقد فيه وهما أوجبا في المسلم فيه وهو اذا كان من الاثمان لا يصح تصحيحه لانها لا تكون مئمة وتصحيحه في الحنطة تصحيح مراده ظاهرا (قوله فالجواب أن الدليل قد دل الخ) أقول وأيضا من الحديث الشريف تعلم بطريق السلم وظاهر أن ذلك لا يكون ذلك الا بعد الجواز ولا شبهة في الآية الكريمة

والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لانهما أثمان والمسلم فيه لا بد أن يكون مئمة فلا يصح السلم فيه ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بعباشين مؤجل تحصيله المقصود المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة في العقود للمعاني والاول أصح لان التصحيح انما يجب في محل أو جبا العقد فيه ولا يمكن ذلك

القياس اذ هو بيع المعدوم وجب المصير اليه بالنص والاجماع للعاجزة من كل من البائع والمشتري فان المشتري يحتاج الى الاستر باح لنفقة عياله وهو بالسلم أسهل اذ لا بد من كون المبيع نازلا عن القينة فير بجه المشتري والبائع قد يكون له حاجة في الحال الى السلم وقدرة في المال على المبيع بسهولة فتندفع به حاجته الحالية الى قدرته المألية فلهذه المصالح شرع ومنع بعض من نقل الهداية قولهم السلم على خلاف القياس لانه بيع المعدوم قال بل هو على وقفة فانه كالاتباع ثمن مؤجل وأي فرق بين كون أحد العوضين مؤجلا في الثمن وبين الآخر بل هو على وفق القياس ومصلحة الناس قال وهذا المعنى هو الذي فهمه ترجحان القرآن ابن عباس وتلا الآية ثم قال بعد كلام اندفع فيه فالحاصل أن قياس السلم على الاتباع ثمن مؤجل أصح من قياسه على بيع المعدوم الذي لا يقدر على تسليمه عادة مع الحلول كسائر الديون المؤجلة وأطال كلاما وحاصله مبنى على اعتقاد أن القوم قاسوا السلم على بيع المعدوم فيكون على خلاف القياس وان قياسه على الثمن المؤجل أولى به وليس كلامهم هذا بل انه هو نفسه ببيع المعدوم فهو على خلاف القياس الاصل في كونه معدوما لا يقدر على تحصيله عادة ليس هو معتبرا في مفهوم السلم عندهم بل هو زيادة من عنده وقوله أي فرق الى آخره يفيد أنه على وفق القياس وكلامه يفيد الاعتراف بكون بيع المعدوم على خلاف القياس ثم الفرق ظاهر وهو أن المبيع هو المقصود من البيع والمحل لوروده فانعدامه يوجب انعدام البيع بخلاف الثمن فانه وصف يثبت في الذمة مع صحة البيع فقد تحقق البيع شرعا مع عدم وجود الثمن لان الموجود في الذمة وصف يطابقه الثمن لا عين الثمن وليس في كلام ابن عباس ما يفهم انه رآه على خلاف القياس وكونه فيه مصلحة الناس لا ينفي أنه على خلاف القياس بل لاجل هذا المصلحة شرع وان كان على خلاف القياس قال المصنف رحمه الله (والمراد بالموزونات) أي التي يجوز السلم فيها (غير الدراهم والدنانير) أما الدراهم والدنانير فان أسلم فيها دراهم أو دنانير فلا تغاى أنه باطل وان أسلم غيرهما من العروض كسكر حنطة أو ثوب في عشرة دراهم أو دنانير فلا يصح سلمها بالاتفاق لان المسلم فيه لا بد أن يكون مئمة والنقد أثمان فلا تكون مسلم فيها واذا لم يصح فهل ينعقد بعباشين مؤجل أو يبطل رأسا حتى المصنف فيه خلافا (قيل يبطل) وهو قول عيسى بن ابيان (وقيل ينعقد بعباشين مؤجل) ولا يبطل وهو قول أبي بكر الاعمش وجعل المصنف وغيره قول عيسى بن ابيان أصح لان تصحيح العقد انما يكون في المحل الذي أوجب المتعاقدان البيع فيه لا في غيره وهما لم يوجبا الا في الدراهم ولا يمكن تصحيح العقد باعتبارها بل باعتبار الثوب ولم يوجبا فيه فكان في غير محله الا أن الاول عندي أدخل في الفقه لان حاصل المعنى الصادر بينهما اعطاء صاحب الثوب برضاه ثوبه الى الآخر بدراهم مؤجلة وهذا من افراد البيع بل اتاويل اذ هو مبادلة المال بالمال بالتراضي وكونه أدخل الباء على الثوب لا يقدح في أن الواقع بينهما هو هذا المعنى وفيه تصحيح تصرفهما وادخل الباء على الثوب كادخالها على الثوب المقابل بالخبر فيما اذا اشترى خراشوب فانه لا يبطل بل يفسد وان كان يقتضي ان المبيع هو الخمر وهو مبطل اعتبار النقصان غرضهما ما أمكن (قوله

ولا طائر بطير بجناحيه وقوله عليه السلام ما أبغته الفرائض فلاولى رجل ذكر (قوله ثم قيل يكون باطلا) وقيل ينعقد بثمان مؤجل هذا الاختلاف فيما اذا سلم الحنطة أو غير ذلك من العروض في الدراهم أو الدنانير قال عيسى بن ابيان رحمه الله يكون قدا باطلا و كان أبو بكر الاعمش رحمه الله يقول ينعقد بعباشين مؤجل أمواله كان كلاهما من الاثمان بان أسلم عشرة دراهم في عشرة دراهم أو في دنانير فانه لا يجوز بالايجاع (قوله ولا يمكن) لان الدراهم والدنانير قطا لا يكون مبيعا لانهما خلقا ثمناء والمسلم فيه مبيع (قوله

في غير مأو وحباه فيه فلا يكون صحيحا قال (وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها) (٢٠٧)

أي ويجوز السلم في المكيلات

والموزونات جوازها

في المذروعات لكونها

المكيلات والموزونات في

مناط الحكم وهو امكان

ضبط الصفة ومعرفة المقدار

لا ارتفاع الجاهة فجاز الحاقها

بهم وعلى هذا التقرير

سقط ما قيل انما يلحق

بغيره دلالة اذا تساوى

جميع الوجوه وليس

المذروع مع المكيل أو

الموزون كذلك لتفاوتهما

فيما هو أعظم وجوه

التفاوت وهو كون المذروع

قيما وهما مثله لان المناط

هو ما ذكرنا اذا الجاهة

المغضية الى النزاع ترتفع

بذلك دون كونه قيميا ومثله

فان قيل الدلالة لا تعمل اذا

عارضها عبارة وقد عارضها

قوله لا تبسع ماليس عندك

فانه عبارة اختص منه

المكيلات والموزونات بقوله

من أسلم منكم الحديث

فبقى ما وراءهما تحت قوله

لا تبسع فالجواب انما انسلم

صلاحية ما ذكرت للتخصيص

لان القسرا شرط له وهو

ليس بوجود سلمه لكنه

عام مخصوص وهو دون

القياس فلا يكون معارضا

للدلالة (وكذا في المعدودات

المقاربه وهي السني

لا تتفاوت) أحادها (كالجوز

والبيض لان العددي

المقارب معلوم مضبوط

الوصف مقدور التسليم

فكان مناط الحكم موجودا

قال (وكذا في المذروعات) لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولا بد منها لارتفاع الجاهة فيتحقق شرط صحة السلم وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض لان العددي المتقارب معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه والصغير والكبير

وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولا بد منها) أي من هذه الثلاثة للضبط الذي هو شرط الصحة وعرف من تعليله هذا ان شرط الصحة للسلم كون المذرع مضبوطا على وجه يمكن تسليمه من غير افضاء الى المنازعة فالأجبع الفقهاء على جواز السلم في المذروعات من الثياب والبسط والحصر والبوارى اذ ابين الطول والعرض وفي الايضاح يحتاج الى بيان الوزن في ثياب الحرير والديباغ لبقاء التفاوت بعد ذكر الطول والعرض لانها تختلف باختلاف الوزن فان الديباغ كلما قل ازدادت قيمته والحرير كلما خف زادت انثى وهذا في عرفهم وفي عرفنا ثياب الحرير أيضا وهي المسمى بالكمخاء كل ما نقل ازادت القيمة فالحاصل انه لا بد من ذكر الوزن سواء كانت القيمة تزيد بالثقل أو بالخفة فان قيل ينبغي أن لا يصح السلم في غير المكيل والموزون لانه مشروط على خلاف القياس ولم يذكر في النص المفيد لشرعيته الا الكيل والوزن فلا يقاس عليهما غيرهما لا يقال السلم مخصوص من عموم لا تبسع ماليس عندك ودليل التخصيص جاز أن يعلل ويلحق بالخروج غيره به لانا نقول ذلك مقيد بما اذا لم يخالف حكم دليل التخصيص القياس لا تغاير كلمتهم على أن مناط القياس لا يقاس عليه غيره فالجواب أن شرعية السلم ليس من تخصيص العام بل من تعيينه المطابق للعالم وهو غلط ماليس عندك الواقع في سياق النهي وهو لا تبسع مطابق بالنسبة الى ذكر الاجل فيما ليس عندك وعدمه وشرعية السلم تعيينه بما اذا لم يذكر الاجل في المبيع أما اذا ذكر الاجل فيجوز بيع كل ماليس عندك لا بعينه ليكون تخصيصا بماليس عندك بل كل ماليس عنده بلا ذكر اجل على عومه في منع البيع وكلامه مع ذكره مخرج من ذلك الحكم لكن بشرط ضبطه ومعرفة مكان ما عنده أيضا لا يجوز بيعه عن غير سلم مع جهاته وعدم ضبطه فالحاصل أن كلامه مع شرطه من الضبط يجوز بيعه باجل ولا يجوز بيعه بغير اجل وكون المذكور في الحديث الكيل والوزن ليس تعيينا لهما ولا أمرا بخصوصهما على تقدير السلم بل حاصله أمر بتعيين الاجل والكيل على تقدير السلم في المكيل بيان الشرط للصحة وهو عدم الجاهة يدل عليه سياق الحديث وهو انه صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وهم يسافرون في الثمار السنة والسنتين والثلاث فقال من أسلم في شيء يعني من هذه الثمار فليكن الى أجل معلوم وفي كيل معلوم ثم انه صلى الله عليه وسلم زاد الوزن ليعيد عدم الاقتصار على الكيل فان سبب شرعية تبسع ماليس عنده الحاجة الى الاسترباح والتوسعة على المقل الرابح فانيط بطلته ذلك من اقدام على أخذ العاجل بالاجل واعطائه وشرط الضبط لدفع المنازعة والقدرة على التسليم ولذا أجمعوا على عدم الاقتصار على المكيل والموزون للقطع بان سبب شرعيته لا تختلف وهو الحاجة الماسة الى أخذ العاجل بالاجل وهي ثابتة من الغراز في المذروعات كفي أصحاب المكيلات والموزونات يفهم ذلك كل من سمع سبب الشر وعينه المنقول في أثناء الاحاديث سواء كان له رتبة الاجتهاد أو لم يكن فلذا كان ثبوت السلم في المذروعات بالدلالة أعني دلالات النصوص المتضمنة للسبب بان سببها فان قيل في المذروعات مانع وهو أن الضبط بالذرع دونه بالكيل والوزن فلا يلحق بهما فالجواب حينئذ ان قلت الذرع لا يضبط القدر كما يضبط الكيل والوزن فليس يصح بل الذراع المعين يضبط كمية المبيع بلا شبهة فيه والاختلاف فيه ليس في الصنعة ونحن ما قلنا ان مجرد ذكر عدد الذرعان مع السلم بل لا بد من ذكر الاوصاف حتى يضبط كما أن المكيل ايضا لا يكفي في صحة السلم فيه مجرد ذكر عدد الكيل بل لا بد من ذكر الاوصاف معه فتأمل هذا التقرير فان في غيره ضبط الله أعلم (قوله وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض) أي يجوز السلم فيها عددا (لان العددي المتقارب مضبوط بالعدم مقدور التسليم فيجوز السلم فيه) عددا والصغير والكبير

وكذا في المذروعات) نحو الثياب والبسط والحصر والبوارى فان قيل ينبغي أن لا يجوز السلم في المذروعات لان

كفي المذروعات (فجاز السلم فيه الحاقا بالمكيل والموزون والكبير والصغير

(قوله فالجواب انما انسلم صلاحية ما ذكرت الخ) أقول هذا مانع لا يضر

فيه سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده تغاوتاً فاحشاً وبتفاوت الآحاد في المسالية يعرف العددي المتقارب وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز في بيض النعامة لانه يتفاوت آحاده في المسالية ثم يكيجوز السلم فيها عدداً يجوز كيلاً وقال زفر رحمه الله لا يجوز كيلاً لانه عددي وليس يمكنه أنه لا يجوز عدداً أيضاً للتفاوت ولنا أن المقدار مرة يعرف بالعدد وأارة بالكيل وإنما صار معدوداً بالاصطلاح فيصير مكياً بالاصطلاحهما وكذا في الغلوس عدداً

فيه سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت) بعد أن يكون من جنس واحد لان التفاوت حينئذ يسيراً عبرة به ولذا لا يتابع بيضه دجاجة بغلس وأخرى بغلسين وهذا هو الضابط في المعدود المتقارب وهو مروى عن أبي يوسف وعليه قول المصنف أعني أن ما تفاوتت ماله من متفاوت كالبطيخ والقرع والرمان والرؤس والأشجار والسفرجل فلا يجوز السلم في شيء منها عدداً للتفاوت في المسالية الا اذا ذكر ضابطاً غير مجرد العدد كطول وغلط ونحو ذلك ومن المعدودات المتفاوتة الجواهر والنفائس والغرائب فلا يجوز فيها الا بذكر ميزات أو أجازة في الباذنجان والكمثرى وعدة الاهدار التفاوت وفيه نظر ظاهر أو يحمل على كالعبد بالخاص واللا يجوز وكون الباذنجان مهدر التفاوت لعله في باذنجان ديارهم وفي ديارنا ليس كذلك بخلاف بيض النعامة وجوز الهند لا يستحق شيء منه بالاسلام في بيض الدجاج والجوز الشامي والغرنج لعدم اهدار التفاوت من جنسين لكثرة التفاوت ويشترط مع العددين ان الصفة أيضاً فلا سلم في بيض النعامة أو جوز الهند جازاً كما جاز في الآخرين وعن أبي حنيفة انه منعه في بيض النعامة ادعاء لتفاوت آحاده في المسالية وهو خلاف ظاهر الرواية وآلوه أنه أن ينظر الى الغرض في عرف الناس فان كان الغرض في عرف من يتبيع بيض النعامة الاكل ليس غير كعرف أهل البوادي يجب أن يعمل بظاهر الرواية فيجوز وان كان الغرض في ذلك العرف حصول القشر ليتخذ في سلاسل القناديل كفي ديار مصر وغيرهما من الامصار يجب أن يعمل به الرواية فلا يجوز السلم فيها بعد ذلك كالأعداد المع تعين المقدار واللون من نقاء البياض أو اهداره قال المصنف (وكيجوز زعدداً في العددي المتقارب يجوز كيلاً) وقال زفر لا يجوز لانه ليس يمكنه بل معدود وعنه لا يجوز عدداً أيضاً للتفاوت) بين آحاده قلنا أما التفاوت فقد أهدر فلا تفاوت اذا تفاوتت في ماله سواء كان معدوداً فليس يمكنه لكن لم لا يجوز كيلاً مع أن اعتبار المقدار ليس بالاضبط والضبط لم ينحصر في العبد بل يتعرف بطريق آخر فان قيل الكيل غير معدول فيه لما يقي بين كل جوزتين وبيضتين من التخليل قلنا قد علمناه ورضي رب السلم فأنما وقع السلم على مقدار ما علا هذا الكيل مع تخليله وانما يمنع ذلك في أموال الربا اذا قوبلت بعنفسها والمعدود ليس منها وكيلاً وإنما كان بالاصطلاح كما لا يصير بذلك مكياً مطلقاً ليكون رويها إذا أجزأه كيلاً لا فزناً أولى (قوله وكذا في الغلوس عدداً) أي يجوز السلم في الغلوس عدداً هكذا ذكره محمد رحمه الله في الجامع

السلم ثبت بخلاف القياس لانه يسع المعدوم والنص ورد في الكيل وأو زنى وهو قوله عليه السلام من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم قلنا يلحق المنزوعات بهم ما بدلالة النص لما أن قوله عليه السلام فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إنما اقتضى الجواز في المكيل والموزون باعتبار أماكن التسوية في التسليم على ما وصف في المسلم فيه والتسوية كما تتحقق بالكيل كذلك تتحقق بالنوع فيجوز السلم في المنزوعات بطريق الدلالة فان قيل إنما يجوز العمل بدلالة النص اذا لم يعارضه عبارة النص وههنا عبارة قوله عليه السلام لا تبسح ما ليس عندك ينفي الحاق المنزوع قلنا العام من الكتاب اذا خص لا يبيح الباقي حجة عند الحسن فكيف في السنة وعلى القول المختار وان بقي حجة لكن مرتبة دون مرتبة القياس ونحو الواحد بدليل جواز التخصيص بالقياس ونحو الواحد ولا شك أن دلالة النص أقوى من القياس ونحو الواحد حتى وجب اثبات الحدود والكفارات بالدلالة ولم يثبت شيء من ذلك بالقياس ونحو الواحد ذكر في الايضاح وإنما جوزنا السلم في الثياب استحساناً لانهم يصنعون العبد والعبد يصنع بالآلة واذا اتحد الصانع والآلة فقد المصنوع

سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت) فانه قلنا يباع جوز بغلس وآخر بغلسين وكذلك البيض (بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده تغاوتاً فاحشاً) فصار الضابط في معرفة العددي المتقارب عن المتفاوت تفاوت الآحاد في المسالية دون الأنواع وهذا هو المروى عن أبي يوسف وجه الله ويؤيد ذلك ما روى عن أبي حنيفة رحمه الله أن السلم لا يجوز في بيض النعامة لانه يتفاوت آحاده في المسالية ثم يكيجوز السلم فيها أي في المعدودات المتقاربة عدداً يجوز كيلاً وقال زفر لا يجوز لانه عددي لا كيلي وهنه أنه لا يجوز عدداً أيضاً لوجود التفاوت في الآحاد ولنا أن المقدار مرة يعرف بالعدد وأخرى بالكيل فأمكن الضبط بهما فيكون جائزاً وكونه معدوداً بالاصطلاحهما

فإن أهداهم ولاصلاح على كونه كليليا (قوله وكذا في الفلوس عددًا) ذكره في الجامع الصغير مطلقا من غير ذكر خلاف لاحد وقيل هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وأحمد فلا يجوز زأى لا يجوز السلم في الفلوس (٢٠٩) لأن الأثمان والسلم في الأثمان لا يجوز وإلها

ان الثمنية في حق المتعاقدين ثابتة باصطلاحهما لعدم ولاية الغير عليهما فإلها ابطالهما باصطلاحهما فإذا بطلت الثمنية صارت

مشمنا تعين بالتعين فجاز السلم وقد ذكرناه في باب الربا في مسئلة بيع الفلوس بالفلسين ومن المشايخ من قال جواز السلم في الفلوس قول الكل وهذا القائل يحتاج الى الفرق لمحمد بين البيع والسلم وهو أن كون المسلم فيه مشمنا من ضرورة جواز السلم فاقدمهما على السلم تضمن ابطال الاصطلاح في حقهما فعدا مشمنا وليس من ضرورة جواز البيع كون المبيع مشمنا فان بيع الأثمان بعضها ببعض جائز فالاقدام على البيع لا يتضمن ابطال الاصطلاح في حقهما فبقي ثمنهما كان وقد يبيع الواحد بالاثنتين (قوله ولا يجوز السلم في الحيوان) وهو لا يتخلو ما أن يكون مطلقا أو موصوفا والاؤل لا يجوز بل اختلاف

والثاني لا يجوز زعنا خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول يمكن ضبطه ببيان الجنس كالأبل والسن كالجذع والثنى والنوع كالبحر والعراب والصفة كالسمن والهزل والتفاوت بعد ذلك ساقط لقلته فأشبه الثياب

وقد ثبت ان النبي صلى الله عليه وسلم أمر عمر و بن العاص ان يشتري بعيرا بيعين في تجهيز الجيش الى أجل وأنه عليه الصلاة والسلام استقرض بكر أوقضاها ببيعها والسلم أقرب الى الجواز من الاستقراض

وقيل هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله لا يجوز لأن الأثمان وإلها أن الثمنية في حقهما باصطلاحهما فبطل باصطلاحهما ولا يعودون زينا وقد ذكرناه من قبل (ولا يجوز السلم في الحيوان) وقال الشافعي رحمه الله يجوز لأنه يصير معلوما ببيان الجنس والسن والنوع والصفة والتفاوت بعد ذلك يسير فأشبه الثياب ولنا أنه بعد ذلك كرماد كرمي في فيه تفاوت فاحش في المسألة باعتبار المعاني الباطنة فيفضي من غير ذكر خلاف فكان هذا ظاهر الرواية عنه وقيل بل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف أما عنده فلا يجوز بدليل منعه ببيع الفلوس بالفلسين في باب الربا لأن الأثمان وهذا ما أراد المصنف من قوله ذكرناه من قبل وإذا كانت أثمانا لم يجوز السلم فيها على ما ذكرناه ورى عنه أبو الليث الخوارزمي أن السلم في الفلوس لا يجوز على وفق هذا الأخير لكن ظاهر الرواية عنه الجواز والفرق له بين البيع والسلم ان من ضرورة السلم كون المسلم فيه مشمنا فإذا أقدم على السلم فقد تضمن ابطالهما باصطلاحهما على الثمنية ويصح السلم فيها على الوجه الذي يتعامل فيهها وهو العبد بخلاف البيع فإنه يجوز وروى عنه على الثمن فلا موجب لخروجه فيه عن الثمنية فلا يجوز التفاضل فامتنع بيع الفلوس بالفلسين وقد تضمن الفرق المذكور جواب المصنف المذكور على تقدير تخرجه الرواية عنه وقولنا يصح السلم فيها على الوجه الذي الى آخره هو تقرير قول المصنف ولا يعودون زينا يعني اذا بطلت ثمنيتها لا يلزم خروجه عن العددية الى الزنية اذ ليس من ضرورة عدم الثمنية عدم العددية كالجوز والبيض بل يبقى على الوجه الذي تعارف التعامل به فيها وهو العدد الا أن يهدره أهل العرف كاهو في زماننا فان الفلوس أثمان في زماننا ولا تقبل الاوزان لا يجوز السلم فيها الاوزان في زماننا وقد كانت قبل هذه الاعصار عددية في زماننا أيضا (قوله ولا يجوز السلم في الحيوان) دابة كان أو رقيقا وهو قول الثوري والاوزاعي (وقال الشافعي) ومالك وأحمد (يجوز) للمعنى والنص أما المعنى فلا لأنه يصير معلوما أي منضبطا (ببيان الجنس) كفرس وأبل أو عبد (والسن) كابل نخاع أو عشار (والنوع) كعمرى وبخشي (والصفة) كحمر وأسم وطويل أو ربعة (والتفاوت) بعد ذلك يسير (وهو مغفر بالاجماع والالم يصح سلم أصلافان الغائب بلوغ في تعريفه الهامة لا بد من تفاوت بينه وبين المرثي فان بين جدي وجدي من الخطية تفاوت لا يخفى وان صدق اسم الجودة على كل منهما وكذا بين ثوب ديباج أحمر وثوب ديباج أبيض فاعلم أن التفاوت اليسير مغفر شرعا فصار الحيوان كالثياب والمكيل وأما النص فإمرأى أبو داود وعنه محمد بن اسحق عن يزيد بن أبي حبيب عن مسلم بن جبير عن أبي سفيان عن عمرو بن حريش عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يجهز جيشا فنقذت الأبل فأمره أن يأخذ على قلائص الصدقة وكان يأخذ البعير بالبعير من الى ابل الصدقة ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم وأخرج الطحاوي بسنده الى أبي رافع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من

فلا يبقى بعد ذلك الا قليل تفاوت قد يعمل قليل التفاوت في المعاملات ولا يعمل في الاستهلاك لا ترى أن الأبل لو باع بعين يسير كان متحملا ولو استهلك شيئا يسيرا أو جب عليه الضمان (قوله وقيل هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز لأن الأثمان) وهذا الخلاف مبنى على الخلاف في بيع الفلوس بالفلسين في أعينهم ما ومن المشايخ من قال جواز السلم في الفلوس قول الكل وهذا القائل يفرق لمحمد رحمه الله بين السلم والبيع والفرق أن من ضرورة جواز السلم كون المسلم فيه مشمنا فاقدمهما على السلم تضمن ابطال الاصطلاح في حقهما فعدا مشمنا ما ليس من ضرورة جواز البيع كون المبيع مشمنا فان بيع الأثمان كبيع الدراهم بالدرهم وبيع الدنانير بالدنانير جائز فلا يتضمن اقدامهما على البيع ابطالا لذلك الاصطلاح في حقهما فبقي ثمنهما كما كان فلا يجوز بيع الثوب بالاثنتين (قوله ببيان الجنس) نحو الأبل

وإنما ان بعد ذكر الاوصاف
التي اشترطها الخصم يبقى
تفاوت فاحش في المسألة
باعتبار المعاني الباطنة فقد
يكون فرسان متساويان
في الاوصاف المذكورة
ويزيد عن احدهما زيادة
فاحشة للمعاني الباطنة
فيفضى الى المنازعة المنافية
لوضع الاسباب بخلاف
التياب لانه مصنوع العباد
فما يتفاوت تفاوتاً فاحشاً
بعد ذكر الاوصاف وشرء
البعير ببعير من كان قبل
نزول آية التراب أو كان في دار
الحرب ولا ريب ان الحرب
والمسلم فيها وتجهيز الجيش
وان كان في دار الاسلام
فنقل الآلات كان من دار
الحرب لعزيم في دار الاسلام
يومئذ ولم يكن القرض ثابتاً
في ذمة رسول الله صلى الله
عليه وسلم بدليل أنه قضاء
من ابل الصدقة والصدقة
حرام عليه فكيف يجوز أن
تفعل ذلك

(قوله فنقل الان كان
من دار الحرب الخ) أقول
يعني الان المهمة في تجهيز
جيش الاسلام من الخيل
والجمال وغيرهما فكان
الامر لعمرشراءهم -

وقد

وقد صح أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن السلم في الحيوان ويدخل فيه جميع أجناسه حتى العصافير قال

جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحيوان اثنين نواحد لا يصلح نساء ولا باس به يدا بيد قال الترمذي
حدث حسن كانه للخلاف في الجحاح بن اوطاة وحديث آخر أخرجه الطبراني عن ابن عمر نحوه سواء وقول
الجحاحي مرسل وجوابه على نحو ما ذكرناه أنفا وتضعيف ابن معين لمحمد بن دينار لا يضر لذلك أضامع انه
ليس كذلك وأخرج الامام أحمد حدثنا حسين بن محمد حدثنا خلف بن خليفة عن أبي خباب عن أبيه عن ابن
عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تتبعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين فقال رجل
يا رسول الله رأيت الرجل يبيع الغرس بالافراس والخجعة بالابل قال لا بأس اذا كان يدا بيد وحمل هذه
الاحاديث على كون النهي فيما اذا كان النساء من الجانبين حتى يكون يبيع الكالني بالكالني تعميده للإجماع فانه
أعم من ذلك فلا يجوز المصير اليه بلا موجب وقال المصنف رحمه الله (صح أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن
السلم في الحيوان) هو ما أخرجه الحارثي والدارقطني عن اسحق بن ابراهيم بن جوفى حدثنا عبد الملك التماري
حدثنا سفيان الثوري عن معمر بن يحيى بن أبي كثير عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم
نهى عن السلم في الحيوان وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه وتضعيف ابن معين ابن جوفى فيسه نظر بعد تعدد ما
ذكر من الطرق الصحيحة والحسان مما هو بمعناه يرفعه الى الجعية بمعناه لما عرف في فن الحديث وكذا يجب أن
يرجع على حديث أبي رافع ان صح لانه أقوى سنداً أعنى حديث ابن جبان ولان المانع يرجع على المبيع وفي
الباب أثر أبي حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن ابراهيم النخعي قال دفع عبد الله بن مسعود الى زيد بن خويلد
البكري مالا مضارب فاسلم زيد الى عتريس بن عرقوب الشيباني في فلائص فلما حلت أخذ بعضه بقي بعض
فاعتسر عتريس وبلغه أن المال لعبد الله فأنه يسترده فقال لعبد الله أقرع فلما قرع قال نعم فاساله فقال
عبد الله أردت ما أخذت وخذ رأس مالك ولا تسلمن مالنا في شيء من الحيوان قال صاحب التنقيح فيه انقطاع يريد
بين ابراهيم وعبد الله فانه انما يروى عنه بواسطة علقمة أو الاسود الا أن هذا غير قاض عندنا خصوصاً من ارسال
ابراهيم فقد تعارضت الاحاديث والطرق عن ابن عباس ومرة وجابر وغيرهم عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم في المطالب وما ذكرنا من معرفة البقرة بالوصف فأنما ذكر الله لهم أوصافاً ظاهرة لطبقوها على معين
موجود ولا شك في أن هذا مما تحصل به المعرفة وكلامنا في انه ينبغي معه التفاوت الفاحش لمقام معناه وأما
منعه صلى الله عليه وسلم وصف الرجل الحديث فلفظ الفتنة على السامع وهي لا تتوقف على انتفاء التفاوت
الفاحش بين الوصف والشخص وأما ثبوته في الذمة في المهر والدية ونحوهما فلا أن الحيوان فيه ليس مقابلاً
بمال وهو ظاهر فتجري فيه المساهلة بخلاف ما قول بل بماله فانه تجرى فيه المشاحنة بغيرنا على موجب ذلك
وقلنا ما وقع من الحيوان بدل مال كالبيع منه لا يجوز أن يثبت في الذمة لما يجري فيه من المشاحنة عادة بخلاف
غيره كالمهر وما معه فانه ليس عوضاً عن مال خرج من يدا لا يخرق فيجوز فعملنا بالانوار فيهما ولما قلنا أن يقول كون
التفاوت بعد الاوصاف يبقى فاحشاً لا يضر لان ذلك باعتبار الباطن ولا يلزم المسلم اليه سوى ما تضمنه ما ذكر
من الاوصاف الظاهرة فاذا انطبق المذكور منها على ما يؤديه المسلم اليه حكم عليه بقبوله سواء كان التفاوت
قليلاً بحسب الباطن أو كثيراً لان المعقود عليه ليس الا الموصوف فقط نعم لو عين من الاوصاف الذكاء وجودة
الفهم والخلق الحسنة ينبغي أنه لا يجوز لان ذلك لا يعرف الا بعد زمان الاختبار وبعده تجرى المنازعة في
أن أخلاقه ماهي وفي تحررهما فالغرض في ابطال السلم في الحيوان ليس الا السنة وهكذا قال محمد بن الحسن
لما ساله عمرو بن أبي عمرو وقال قلت له انما لا يجوز في الحيوان لانه غير مضبوط بالوصف قال لا لا يجوز في السلم
في الديابيح ولا يجوز في العصافير ولعل ضبط العصافير بالوصف أهون من ضبط الديابيح ولكنه بالسنة وفي

(قوله وقد صح) يجوز
أن يكون إشارة الى جواب
ما يقال التفاوت الفاحش
في المعاني الباطنة لا يوجد
في العصافير والمامات التي
تؤكل وأن السلم فم لا يجوز
أن يكون عند كونه غير
أن عدم جواز السلم في
الحيوان ليس لكونه غير
مضبوط فانه يجوز في الديابيح
دون العصافير ولعل ضبط
العصافير بالوصف أهون
من ضبط الديابيح بل هو ثابت
بالسنة لا يقال الهى عن
الحيوان المطلق عن الوصف
والمتنازع فيه هو الموصوف
منه فلا يتصل بحمل النزاع
لان محمد بن الحسن ذكر
في أول كتاب المضاربة أن
ابن مسعود رضى الله عنه
دفع مالا مضارباً الى زيد بن
خليدة فاسلمها زيد الى عتريس
ابن عرقوب في فلائص
معلومة فقال ابن مسعود
أردت ما لا تسلم أمواتاً وهو
دليل على أن المنع لم يكن
لكونه مطلقاً لان الفلائص
كانت معلومة فكان

مخاض جيد أو بعد تركي ابن عشرين سنة جيد (قوله حتى العصافير) جواب سؤال بان يقال السلم في
الحيوان انما لا يصح لتفاوت يعتبره الناس فيه والتفاوت في العصافير غير معتبر بينهم فينبغي أن يصح السلم

(ولا في أطرافه كالرؤس والا كارع) للتفاوت فيها اذ هو عددي متفاوت لا مقدورها قال (ولا في الجلود عددا

مبسوط شيخ الاسلام والعصافير وان كانت من العدييات المتقاربة لكنه في معنى المنقطع لانه مما لا يقتنى ولا يجبس للتو لا يتيسر أخذه ولا يحان أخذه يعام مقام الموجود بخلاف السمك الطري لرحان امكان أخذه وهذا يقتضى جواز السلم فيما يقتضى منها كالحمام والقمرى وهو خلاف المنصوص عن محمد وقدر وى عن أبي يوسف أن ما لا تتفاوت أحاده كالعصافير يجوز السلم فيها وفي لحومها وهو مشكل على الدليل لانا ان علنا بعدم الضبط فالعبرة لعين النص لا معنى النص وان اعتبرنا عوموه وجب أن لا يجوز فان قيل فالسمك الطري مخصوص من عوم الحيوان فجاز في العصافير قياسا على الثياب بقوله التفاوت قلنا انما يتم لو شرط حياة السمك الطري في السلم فيه وليس كذلك بل كيفما كان حتى لو شرط ذلك كان لنا أن نمنع صحة السلم فيه (قوله ولا في أطرافه) أى لا يجوز السلم في أطراف الحيوان (كالرؤس والا كارع) وهو جمع كراع وهو مادون الركبة في الثواب قبل المانع مبنى على منع السلم في الحيوان وهذه ابعاضه وليس بشئ لانها لا يصدق عليها الحيوان ان كان النهى تعبدولا والمعنى ان كان معلولا بالتفاوت الفاحش لان ذلك انما يكون في حالة الحياة وكان يلزم أن لا يجوز في الجلود لكنه جائز بذ كر الطول والعرض والنوع والجودة ولذا يجوز السلم في الجلود وزنا والمصنف انما ذكر في منعه أنها عددية متفاوتة ولا مقدورها فامتنع السلم عدد او غير عدد لا تتفاء المقدور وعندى لا باس بالسلم في الرؤس والا كارع وزنا بعدد ذ كر النوع وباقى الشرط فان الا كارع والرؤس من جنس واحد حيث لا تتفاوت تفاوتا فاحشا وقول مالك بجوازه عدد ابعده ذ كر النوع لخفة التفاوت جليل لكن يراى أن الرؤس بجاجيل أو بأقار كبار ونحوه في الغنم فان التفاوت بعد ذلك يسير (لا في الجلود عددا) وكذا الاخشاب والجو القاب والقراء والثياب الخفيفة والخفاف والقلائس الا أن يذ كر العتدد لقصد التعدد في السلم فيه ضبطا لكميته ثم يذ كر ما يقع به الضبط كائن يذ كر في الجلود مقدار من الطول والعرض بعد النوع كجلود البقر والغنم وكذا في الاديهم بان يقول طائفي أو برنالى وفي الخشب طوله وغلظه ونوعه كسنت أو حور ونحوه وقول بعضهم يجوز في الكاغد عدد المحمول على ما بعد تسمية طوله وعرضه ونخفته ورقته ونوعه الا أن يغنى ذ كر نسبتة عن قدره كورف جوى وفي الجواليق طوله ووسعه وكذا كل ما كان يميز له عن غيره فاطعلا لا مشترك (و) كذا (لا) يجوز (في) الخطب خزما ولا في الرطبة جزا للتفاوت الا اذا عرف ذلك) بأن يبين طول ما يشد به الحزمة شبرا أو ذراعا فينبذ ويجوز اذا كان لا يتفاوت وليس المعنى ان لا يجوز السلم فيها أصلا بل لا يجوز هذا العدو لو قدر بالوزن في الكل جاز وفي ديارنا تعارف في نوع من الخطب الوزن فيجوز الاسلام فيه وزنا وهو أضبط وأطيب وكون العرف في شئ من بعض المقدرات لا يمنع ان يتعامل فيه بمقدار آخر يصطلحان عليه الا أن يمنع منه ما منع شرعى كما قلنا في البيض كيلا وعنه كان ظاهر المذهب جواز السلم في الخنطة وزنا بخلاف ما اذا قوبل نحو الخنطة بجنسها وزنا وهو كسلى للماعرف في باب الر بأما السلم فليس يلزم فيه ذلك لان رأس مال السلم في الخنطة لا يكون خنطة وقد رضى بضبطه وزنا لا يصير تفاوت الخنطتين المختلفتين الوزن كيلا وهذا ضعف واية الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجوز في الخنطة وزنا وذ كر قاضيان أن الفتوى على الجواز لتعامل الناس ويجوز السلم في القف وزنا والرطبة القضب والجرز بضم الجيم وفتح الراء المهمله جمع حرزة وهى الحزمة من الرطبة كحزمة الريحان ونحوه وأما الجزز بكسر

فيها فاجاب بان العبرة في المنصوص عليه لعين النص لا للمعنى والنص لم يفصل بين حيوان وحيوان (قوله ولا في أطرافه كالرؤس والا كارع) للتفاوت فيها) فالتفاوت بين رؤس ورأس وكراع وكراع معتبر فيها بين الناس مما كسون فيه ولو أسلم فيه وزنا اختل تفاوتيه (قوله ولا في الجلود عددا) أى في جلود الابل والبقر والغنم الا اذا بين الطول والعرض والصفة وقال مالك رحمه الله يصح السلم في رؤس الحيوان وجلوده عدد القليلة

لكونه حيوانا لا يقال في كلام المصنف تسامح لان الدليل المذكور بقوله ولنا منقوض بالعصافير لان ذ كر ذلك لم يكن من حيث الاستدلال على المطلوب بل من حيث جواب الخصم وأما الدليل على ذلك فهو السنة قال (ولا في أطرافه كالرؤس والا كارع) والكرع مادون الركبة من الدواب والا كارع جمعه لانه عددي متفاوت لا مقدور له ولا في جلوده لانها تتباع عدد او هى عددية فيها الصغير والكبير فيقتضى السلم فيها الى المنازعة ولا يتوهم أنه يجوز وزنا لقيده عدد الان معناه أنه عددى حيث لم يجوز عدد الم يجوزنا بطريق الاولى لانه لا وزن عادة وذ كر في الذخيرة أنه ان بين للجلود ضرر بما معلوما يجوز وذلك لا تتفاء المنازعة حيث يذ

(قوله لا يقال في كلام المصنف تسامح) أقول يعنى في قوله في الحيوان ثم أقول فيه شئ الا أن يقال في قوله تسامح تسامح والمعنى في كلام المصنف اعتراض (قوله لان ذ كر ذلك الخ) أقول جواب لقوله ولا يتوهم

(ولا في الخطب حرم) لكونه مجهولاً من حيث طوله وعرضه وغاطفه فان عرف ذلك جاز كذا في المبسوط ولا في الرتبة حرمها الجرم بعدها رامة متوحدة وزاوية القبة من القبة ونحوه للتفاوت الا اذا عرف ذلك ببيان طول ما تشبهه الحزمة أنه شبر أو ذراع فإنه يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت قال (ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجوداً) وجود المسلم فيه من حين العقد الى حلول الاجل شرط جواز السلم عندنا وهذا ينقسم الى ستة أقسام قسمه عقلياً حاصرة وذلك لأنه إما أن يكون موجوداً من حين العقد الى المحل أو ليس بموجود أصلاً أو موجوداً عند العقد دون المحل أو بالعكس أو موجوداً فيما بينهما أو معدوماً فيما بينهما والاول جائز بالاتفاق (٢١٣) والثاني فاسد بالاتفاق والثالث كذلك والرابع فاسد عندنا خلافاً

للشافعي والخامس فاسد بالاتفاق والسادس فاسد عندنا خلافاً للمالك والشافعي له على الرابع وهو دليلهما على السادس وجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تسلفوا في الثمار حتى ييسد وصلاحتها وهو حجة على الشافعي فإنه عليه الصلاة والسلام شرط الصحة وجود المسلم فيه حال العقد ولأن القدرة على التسليم انما تكون بالتخصيل فلا بد من استمراره الى حلول مدة الاجل لئلا يمكن من التخصيل والمنقطع وهو مالا يوجب في سوقه الذي يباع فيه وان وجد في البيوت غير مقدور عليه بالاكتساب وهذا حجة عليه ما واعرض بأنه اذا كان عند العقد موجوداً كفي مؤنة الحديث واذا وجد عند المحل كان مقدور التسليم فلا مانع من الجواز وأجيب بان القدرة انما تكون موجودة اذا كان العاقد باقياً الى ذلك

ولا في الخطب حرم ولا في الرتبة حرم) للتفاوت فيها الا اذا عرف ذلك بان بينه طول ما يشبهه الحزمة أنه شبر أو ذراع فحينئذ يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت قال (ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجوداً من حين العقد الى المحل حتى لو كان منقطعاً عند العقد موجوداً عند المحل أو على العكس أو منقطعاً فيما بين ذلك لا يجوز) وقال الشافعي رحمه الله يجوز اذا كان موجوداً وقت المحل لو جود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تسلفوا في الثمار حتى ييسد وصلاحتها ولا تفسد القدرة على التسليم بالتخصيل الجرم وزاوية أولهما متوحدة بجمع حزمة وهي الصوف المجز (قوله ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجوداً من حين العقد الى المحل) بكسر الخاء مصدر ميمي من الحلول (حتى لو كان منقطعاً عند العقد موجوداً عند المحل أو على العكس أو منقطعاً فيما بين ذلك) وهو موجود عند العقد والمحل (لا يجوز) وهو قول الاوزاعي (وقال الشافعي) ومالك وأحمد وأصحابي (اذا كان موجوداً عند العقد والمحل) وان كان منقطعاً وقت العقد أو بينهما لان اشتراط الوجود للقدرة على التسليم وهو بالوجود وقت المحل فاشترطه في غير ذلك بالموجب بل دليل نفيه عدم دليل وجوده لان نفي المدرك الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي ولهم أيضاً اطلاق الحديث المتقدم أعني أنه صلى الله عليه وسلم قدم المدينة فوجدهم يسلفون في الثمر السنة والسنتين والثلاث فأفاض في بيان الشرط الشرعي فلم يزد على قوله من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم فلم يزد على شرط البينة وحين لم يبينه لم يثبت بل لزم انه ليس شرطاً بسكوته عنه بعد شروعه في بيان ما هو شرط على ما عرف في مثله قلنا بل فيه مدرك شرعي وهو ما رواه أبو داود وابن ماجه واللفظ له عن أبي اسحق عن رجل نجران قلت لعبد الله بن عمر أسلم في نخيل قبل أن تطلع قال لا قلت لم قال لان نخلاً أسلم في حديقته نخيل في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن تطلع النخل فلم تطلع النخل شيئاً ذلك العام فقال المشركي أو تحرك حتى تطلع فقال البائع انما النخل هذه السنة فاختمنا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال

(قوله ولا في الخطب حرم) أو أوفار الان هذا مجهول لا يعرف طوله وعرضه وغاطفه فان عرف ذلك فهو جائز كذا في المبسوط (قوله ولا في الرتبة حرم) بتقديم الراء المهمله على الزاى المجتمعة وهو القبض من القبة ونحوه أو الحزمة لانها قطعة من الجرز وهو القطع ومنها قولهم باع القتر جرزا وما سواه تصحيف كذا في المغرب وأما الجزر بكسر الجيم والزاين المجتمعتين جمع الحزمة وهي الصوف المجز وز وهذا ليس بموضع (قوله اذا كان على وجه لا يتفاوت) أي بالشد ونحو العصا ما اذا كان يتفاوت نحو الشوك والسوس فلا يجوز لافضائه الى المنازعة (قوله ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجوداً من حين العقد الى المحل) هذه المسئلة على وجوه أربعة ان كان المسلم فيه موجوداً عند العقد منقطعاً عن أيدي الناس عند حلول الاجل لا يصح اتفاقاً وان كان منقطعاً وقت العقد موجوداً في أيدي الناس عند المحل أو كان موجوداً عند العقد وعند المحل منقطعاً فيما بينهما لا يصح عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله وان كان موجوداً وقت العقد الى وقت المحل يصح اتفاقاً وحسد الانقطاع هو أن لا يوجب في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجب في البيوت كذا في

الوقت حتى لو مات كان وقت وجوب التسليم عقبيه وفي ذلك شك ورد بان الحياة ثابتة فتبقى وأجيب بان عدم القدرة على ذلك التقيد برباثة فيبقى فان قبيل بقاء الكمال في النصاب ليس بشرط في أثناء الحلول فليكن وجود المسلم فيه كذلك أجيب بان وجوده كالنصاب وجوده لا كالكاله (قوله وهذا ينقسم الى ستة أقسام الخ) أقول بسل الى ثمانية أقسام والقسمان الاخيران أن يكون موجوداً عند العقد وما بعده دون المحل وان يكون موجوداً عند المحل وما قبله دون وقت العقد الا أنهم ما مندرجان في قوله عند العقد دون المحل أو بالعكس (قوله فليكن وجود المسلم فيه) أهول خب نامل

فلا بد من استمرار الو جود في مدة الاجل ايتمكن من التحصيل (ولو انقطع بعد المجل فرب السلم بالخيار ان شاء
فصح السلم وان شاء انتظر وجوده) لان السلم قد صح والعجز الطارئ على شرف الزوال فصار كباقي المبيع
قبل القبض

للبائع اخذ من ثلث شيأ قال لا قال بتم تسجل ماله اردد عليه ما اخذت منه ولا تسلموا في نخل حتى يبدو صلاحه
وجه الدلالة انه لا يصدق على السلم اذا وقع قبل الصلاح انه يبيع ثمرة قبل بدو صلاحها وفيه مجهول كرايت
والحديث المعروف وهو انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها فيكون متناولا لا نهى
وبدل عليه ما اخرج البخاري عن أبي الجعفي قال سألت ابن عمر عن السلم في النخل قال نهى رسول الله صلى الله
عليه وسلم عن بيع النخل حتى يصلح وعن يبيع الورق نساء بن جبر وسألت ابن عباس رضي الله عنهما عن السلم
في النخل فقال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يؤكل منه فقد ثبت عن هذين الصحابيدين
الكبيرين في العلم والتبعية انهما هما من نهى عن بيع النخل حتى يصلح يبيع السلم فقد دل الحديث على
اشتراط وجوده وقت العقد والاتفاق على اشتراطه عند المجل فلزم اشتراط وجوده عند المجل على خلاف
قولهم وأما لزوم وجوده بينهما فاما لعدم القائل بالفصل لان الثابت قائلان قائل بالاشتراط عند المجل فقط
وقائل عند المجل وفيما بينهما فالقول بالاشتراط عند المجل لا غير احداث قول ثالث أو نقول ذلك بتعليل النص على
اشتراطه عند العقد مع أن الاداء يتأخر عنه فلا يضطر اليه عنده بأن اشتراطه للقدرة على التسليم طاهر لان
الظاهر استمرار الو جود بالاستمرار ايتمكن من التحصيل فان أخذ السلم مظنة العدم وبالأخذ بذلك مظنة
التحصيل شيأ في مدة الاجل وباعتبار المظنة تناط الاحكام فلا يلتفت الى كون بعض من يسلم اليه قد
يحصله دفعة عند حلول الاجل كالزراع وأهل النخل فان ما يسلم فيه لا يحصى وأكثرهم يحصل المسلم فيه بدفعات
أو أيت المسلم اليه في الجلود أيتج عند حلول الاجل ألفرأس ليعطى جلوده الرب السلم وكذا الأسماك
المالحة والطياب والاحشاش والاحطاب والاعسال والمشاهد في بعض من له نخل أو زيتون أن يأخذ أكثر مما
يحتاج له ليعطى ما يخرج له ويشتري الباقي وكثير يأخذون ليستريحوا في رأس المال وينفقوا من فضل
الكسب على عيالهم ويحسوا المسلم فيه قليلا قليلا لان وضع السلم شرعا لاعتبار ظن ما ذكرنا فيكون هو
السبب في اشتراط الشرع وجوده عند العقد ثم الانقطاع الذي يفسد العقدان لا بد في السوق الذي يباع
فيه وان كان يرد في البيوت ذكره أبو بكر الشحبي وتواردوا عليه وفي مبسوط أبي الليث وانقطع في اقليم دون
اقليم لا يصح السلم في الاقليم الذي لا يوجد لانه لا يحصل الا بمشقة عظيمة فيعجز عن التسليم حتى لو سلم في الرطب
بخاري لا يجوز وان كان بسجستان (ولو انقطع بعد المجل) أي حلول الاجل قبل التسليم لا يبطل العقد لكن
رب السلم بالخيار ان شاء فصح وان شاء انتظر وجوده (وقال زفر يبطل العقد وهو قول الشافعي ورواية عن
الكرخي للعجز عن التسليم قبل القبض فصار كالمبيع قبل القبض في المبيع المعين فان الشيء كما لا يثبت
في غير محله لا يبقى عند فواته كالمشتري بغلوس ثم كسدت قبل القبض يبطل العقد فكذا هنا ولنا (أن السلم
قد صح) ثم تعذر التسليم بعارض (على شرف الزوال) فيتخير المشتري (كلوا بق المبيع قبل القبض) وهذا
لان المعقود عليه هنا دين ومحل الدين الزمة وهي باقية فيبقى الدين ببقاء محله وانما تأخر التسليم اذا كان
وجوده مرجوا بخلاف مبيع المعين فان بهلا كنه يغوث محل العقد وكذا الغلوس اذا كسدت فانها وان كانت

ووجوده شرط فوجود
المسلم فيه كذلك (قوله ولو
انقطع بعد المجل) يعني أسلم
في وجود حال العقد والمحل
ثم انقطع فالسلم صحيح على
حاله ورب السلم بالخيار ان
شاء فصح العقد وان شاء
انتظر وجوده (لان السلم
قد صح والعجز عن التسليم
طارئ على شرف الزوال
فصار كباقي المبيع قبل
القبض) في بقاء المعقود
عليه والعجز عن التسليم
فان المعقود عليه في السلم هو
الدين الثابت في الذمة وهو
بأن يبقائها كالعبد لا يبق
وفي مسوله والعجز الطارئ
على شرف الزوال اشارة الى
جواب زفر عن قياسه
المتنازع فيه على هلاك
المبيع في العجز عن التسليم
وفي ذلك يبطل المبيع
فكذلك هنا ووجهه أن
العجز عن التسليم اذا
كان على شرف الزوال
لا يكون كالعجز بالهلاك لانه
غير ممكن الزوال عادة فكان
القياس فاسدا

الذخيرة ولنا قوله عليه السلام لا تسلموا في الثمار حتى يبدو صلاحها الحديث دل على أن القدرة عند المجل غير
كافية لجواز العقد اذ لو كان لم يكن لتقييد النبي عليه السلام بقوله حتى يبدو صلاحها فائدة وعلى أن الو جود
معتبر من حين العقد الى حين المجل (قوله ولو انقطع بعد المجل فرب السلم بالخيار) وقال زفر رحمه الله يبطل
العقد ويسترد رأس المال (قوله للعجز عن تسليمه) فصار كالمبيع في بيع المعين (قوله والعجز
الطارئ على شرف الزوال) بان يصير الى أن يوجد به فارق الهلاك فالمعقود عليه في البيع عين ثم فأت أصلا وفي

قال (ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما) لانه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم اذ هو غير منقطع (ولا يجوز السلم فيه عددا) للتفاوت قال (ولا خير في السلم في السمك الطري الا في حينه وزنا معلوما وضربا معلوما) لانه ينقطع في زمان الشتاء حتى لو كان في بلد لا ينقطع بجوز مطلقا وانما يجوز وزنا لا عددا لما ذكرنا من اني حنيفة رحمه الله انه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم عند أي حنيفة قال (ولا خير في السلم في اللحم عند أي حنيفة رحمه الله وقال اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز) لانه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقرضه وزنا معلوم لكونه مضبوط القدر والوصف مقدور التسليم لعدم انقطاعه وان كان في الطري ان كان في حينه جاز كذلك وان كان في غير حينه لم يجز لكونه غير مقدور التسليم حتى لو كان في بلد لا ينقطع جاز وري عن أبي حنيفة انه لا يجوز في لحم الكبار التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم في الاختلاف بالسمين والوزن ووجه الرواية الاخرى ان السمين والهزال ليس بظاهر فيه فصار كالأصغر قيل يقال سمك ملج ومملوح ولا يقال مالح الا في لغة رديته وهو المقد الذي فيه ملح ولا معتبر بقول الرازي بصرية تزوجت بصريا بطعمها المالح والطريا لانه موله لا يؤخذ بلفظه قال الامام الزرني كفي بذلك حجة للفقهاء قال (ولا خير في السلم في اللحم) خبر مكررة وقعت في سياق النفي فتبعد نفي أنواع الخبر بموصوفه ومعناه لا يجوز زعلي وجه المبالغة قال أبو حنيفة لا يجوز السلم في اللحم وقال اذا وصف منه موضعا معلوما بصفة معلومة لكونه

قال (ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما) لانه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم اذ هو غير منقطع (ولا يجوز السلم فيه عددا) للتفاوت قال (ولا خير في السلم في السمك الطري الا في حينه وزنا معلوما وضربا معلوما) لانه ينقطع في زمان الشتاء حتى لو كان في بلد لا ينقطع بجوز مطلقا وانما يجوز وزنا لا عددا لما ذكرنا من اني حنيفة رحمه الله انه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم عند أي حنيفة قال (ولا خير في السلم في اللحم عند أي حنيفة رحمه الله وقال اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز) لانه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقرضه وزنا معلوم لكونه مضبوط القدر والوصف مقدور التسليم لعدم انقطاعه وان كان في الطري ان كان في حينه جاز كذلك وان كان في غير حينه لم يجز لكونه غير مقدور التسليم حتى لو كان في بلد لا ينقطع جاز وري عن أبي حنيفة انه لا يجوز في لحم الكبار التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم في الاختلاف بالسمين والوزن ووجه الرواية الاخرى ان السمين والهزال ليس بظاهر فيه فصار كالأصغر قيل يقال سمك ملج ومملوح ولا يقال مالح الا في لغة رديته وهو المقد الذي فيه ملح ولا يقال مالح الا في لغة رديته قال بعض الشارحين لكن قال الشاهر

بصرية تزوجت بصريا * أطعمها المالح والطريا

ثم نقل عن بعض المشايخ وكفي بذلك حجة للفقهاء وظاهر هذا الاستدراك انه ليس بردي ولم يجز سوى هذا البيت وهو لا ينافي قول المغرب الا في لغة رديته وليس لهذا الاستدراك فائدة بل قال ابن دودملج وملج ولا يلتفت الى قول الرازي * أطعمها المالح والطريا * ذلك موله لا يؤخذ بلفظه وأما الطري فيجوز حين وجوده وزنا أيضا فاذا كان ينقطع في بعض السنة كما قيل انه ينقطع في الشتاء في بعض البلاد فلا ينعقد في الشتاء ولو سلم في الصيف وجب أن يكون منتهى الاجل لا يبالغ الشتاء وهذا معنى قول محمد لا خير في السلم في السمك الطري الا في حينه يعني أن يكون السلم مع شروطه في حينه كانه ينقطع بين العقد والحلول وان كان في بلد لا ينقطع جاز مطلقا وزنا لا عددا لما ذكرنا من التفاوت في آحاده وعن أبي حنيفة في الكبار التي تقطع كاي قطع اللحم لا يجوز السلم في لحمها اعتبارا بالسلم في اللحم فانه يمنع السلم في اللحم وعن أبي يوسف منع السلم في الكبار وزنا مع اجازته في اللحم فان هناك يمكن اعلام موضع القطع الجنب أو الظهر أو الفخذ ولا يتأتى في السمك ذلك وطعن بعضهم على محمد في قوله في حينه لان الاصطلاح يتحقق في كل حين مدفوع فان الانقطاع عدم الوجود في بعض البلاد وفي بعض السنة وهو لا يستلزم عدم الاصطلاح ليرد ما ذكره (قوله ولا خير في السلم في اللحم) وهذه العبارة تاكيد في نفي الجواز كقوله لا خير في استقرض الخبز وقول من قال ان المجتهد يقول فيما يستخرج من الحكم بالرأي تحزرا عن القطع في حكم الله تعالى بالرأي بعيد فكل الاحكام القياسية المظنونة معبر عنها في لفظه بلا يجوز كذا أو يجوز كذا وكذا وكذا لانه قد استقر عند أهل العلم انها مغلونات لا مقطوعات وأيضا المجتهد قاطع بان حكم الله في حقه ذلك (وقالا اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة) ككونه ذكرا ونسبا ومينا بعد ان بين جنسه من نحو الضأن وسنة ثني ومن الفخذ أو الكتف أو الجنب

السلم المعقود عليه دين في الذمة وهو باق لبقاء الذمة (قوله وقال اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز) وفي الذميرة وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمه الله اذا بين الجنس بان قال شاة أو بقرة وبين السن بان قال جذع أو ثني وبين النوع بان قال خصي أو غل وبين صفة اللحم بان قال سمين أو هزل ول بين الموضع بان قال من الجنب مثلا وبين القدر بان قال عشرة أمعاء فالجمله تنعدم هذه الاشياء (قوله ولهذا يضمن بالمثل) أي عند الاتلاف ابضح لقوله موزون مضبوط الوصف وكذا قوله يصح استقرضه وزنا لان الاستقرض لا يصح الا في المثليات ويجري فيه بالفضل لعله الوزن والوزن وضع لتقدير المثليات فكان

موزون معلوما كساتر الموزونات ولهذا يجوز ضمها بالمثل واستقرضه وزنا ويجري

الطير رموزون ولا يجوز فيه السلم أجاب بقوله لأنه لا يمكن وصف موضع منه وهذا يشير إلى أن عدم الجواز فيه متفق عليه وفي تعليقه تأمل لأنه إن لم يمكن وصف موضع منه فوصفه

(٢١٦)

و يجري فيه بالفضل بخلاف لحم الطير ولأنه لا يمكن وصف موضع منه وله أنه مجهول للثبوت في قلة العظم وكثرته أو في سمنه وهزاله على اختلاف فصول السنة وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة في مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الثاني وهو الأصح والتضمن بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض وبعد التسليم فالمثل أعدل من القيمة ولأن القبض بعين فيعرف مثل المقبوض به في وقته أما الوصف فلا يمكن في

المذكور من لحم الطير على طير ولا يقتنى ولا يتحبس للتولد فيكون البطان بسبب أنه أسلم في المنقطع والسلم في مثله غير جائز عندهم اتفاقاً وإن ذكر الوزن فاما فيما يقتنى ويحبس للتولد فيجوز عند الكل لأن ما يقع من التفاوت في اللحم بسبب العظم في الطير تفاوت لا يعتبره الناس كعظام السمك والبه مال شيخ الإسلام وهذا أقوى وجه التأمّل ولا يـ حنيفة طريقتان أحدهما أن اللحم يشتمل على ماهوه مقصود وعلى ما ليس بمقصود وهو العظم في تفاوت ماهو المقصود بتفاوت ما ليس بمقصود ألا ترى أنه تجري المما كسبة بين البائع والمشتري في ذلك بالتدليس والنزاع فكان المقصود مجهولاً جهالة تفضي إلى المنازعة ولا ترتفع ببيان الموضوع والوزن وهذا يقتضى جوازه في متزوع العظم وهو مختار محمد بن الشجاع والثاني أن اللحم يشتمل على السمن والهزال ومقاصد الناس في ذلك مختلفة وذلك يختلف باختلاف فصول السنة بقلة الكلال وكثرته والسلم لا يكون إلا وجل ولا يدري أنه عند المحلل على أي صفة يكون

مائة رطل وفي الحقائق والعيون الفتوى على قولهما وهذا على الأصح من ثبوت الخلاف بينهم وقد قيل لا خلاف فنع أي حنيفة فيما إذا أطلق السلم في اللحم وقولهما إذا بينا ما ذكرنا وجهه أنه رموزون في عادة الناس مضبوط بما ذكرنا من الوصف وقوله وله هذا يضمن بالمثل استدلال على كونه رموزونا وكذا كونه مضبوطاً بالمثل جائز الاستقراض وما ذكرنا من العادة المستمرة فيه في سائر الأقطار قطع فيه وما فيه من العظم غير مانع لأنه إذا سمى موضعاً معلوماً أنه فيه عظم كان تراضياً على قطعه بما تضمنه من العظم ولأنه ثابت بالصحة الخلقة كالنوى في الثمر ولذا جاز السلم في الآية مع أنها لا تخلو من عظم والسلم فيها وفي الشحم بالإجماع (بخلاف لحم الطير ولأنه لا يمكن وصف موضع منه) لأن عضو الطير صغير وهذا ظاهر في منعه مطلقاً وحاصل الكلام فيه أن ما لا يصاد من الطير ولا يجوز السلم فيه ولا في لحمه وما يصيد قليل هو على الخلاف عندهما يجوز وعنده لا يجوز وقيل يجوز وعند الكل لأن ما فيه من العظم لا يعتبره الناس وهو الصحيح فيجب أن يكون محمل ما في الكتاب من المنع مطلقاً في مخلوع العظم فإن العلة حينئذ ثابتة ثم يجب أنه إذا أسلم في مائة رطل من لحم الذباج مثلاً أن يعين الموضع بعد كونه بعظم فإن من الناس من لا يحب الصدر منه فيقول أوراكا أو غير الصدر أو ينص على صدرها أو أوراكا فإن أطلق فقال من لحم الذباج السمين يجب أن لا يجوز للمنازعة بسبب ما ذكرنا لاختلف أغراض الناس ولا يـ حنيفة ورضى الله عنه وجهان أحدهما أنه يقع سلم في المجهول لتفاوت اللحم بقلة العظم وكثرته بخلاف لحم السمك فإن مضمونه من العظم قليل معلوم أهداره بين الناس ولذا هو فرق بين لحم السمك وغيره وقولهما إذا سمى موضعاً كان تراضياً على قطعه بما تضمنه من العظم قلت للمشاهد في بيع اللحم حالاً بعظمه جريان المما كسبة بين البائع والمشتري في العظم حتى أن المشتري يستكثره فبأمره ينزع بعضه والجزء الذي يدهه عليه فكيف في المؤجل المسنة أخيراً التسليم وعلى هذا الوجه يجوز السلم في مخلوع العظم وهو رواية الحسن عنه ناهياً أنهما أنه يختلف بحسب الفصول سنة وهزالاً فلو سمي السمين قد يكون انتهاء الاجل في فصل الهزال وحاصل هذا الوجه أنه سلم في المنقطع وعلى هذا لا يجوز في مخلوع العظم وهو رواية ابن شجاع عنه قال المصنف (وهو الأصح) لأن الحكم المعلل بعلمين مستعملين يثبت مع أحدهما كما يثبت معهما وقولهما يضمن بالمثل ممنوع بما ذكرنا في باب الاستحقاق من الجامع الكبير فحين غصب الجاشوا ثم استحققر جل لا يسقط ضمان الغصب والمغصوب منه أن يضمنه قيمة اللحم قبل ولا توجد رواية بأنه من ذوات القيم الأهنا من الجامع الكبير لكن ذكر صاحب الفتاوى الصغرى أنه رأى وسط غصب المنتقى أن أبا يوسف روى عن أبي حنيفة إذا استعملت الجاشوا عليه قيمته وحل عبارة المصنف (أن القبض) أي قبض اللحم القرض (يعين فيعرف مثله به) أي بالمقبوض أما السلم فليس فيه مقبوض معين

مضبوطاً فيصح السلم فيه كما في الآية والشحم (قوله بخلاف لحم الطير ولأنه لا يمكن وصف موضع منه) أي من لحم الطير ولأن عضو جنس الطير قليل ولا يشتري لحم العضو عادة (قوله أو في سمنه وهزاله) وللسمين والهزال درجات متفاوتة فلا تضبط المسألة بذكرهما (قوله وهو الأصح) لجواز أن يكون معلولاً بعلمين فعلم أحدهما لا يدل على عدم الجواز (قوله وكذا الاستقراض) أي ممنوع أيضاً ولئن سلم فالمثل أعدل من

وهذه الجهالة مفضية إلى النزاع ولا ترتفع بالوصف وهذا يقتضى عدم جوازه في مخلوع العظم وهذا هو الأصح (قوله قال والتضمن بالمثل) جواب عن قولهما ولهذا يضمن بالمثل بالمنع وبعد التسليم فالمثل أعدل من القيمة لأن فيه رعاية الصورة والمعنى والقبض بعين يعنى أن الاستقراض حال فيعرف حال مثل المقبوض ولا تفضي الجهالة إلى المنازعة والمسلم فيه يعرف بالوصف ولا ترتفع به الجهالة فلا يمكن في به

قال (ولا يجوز السلم الا مؤجلاً) السلم الحلال لا يجوز عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى استدلالاً بطلاق رخص في السلم لا يقال مطلقاً فيجعل على المقيد وهو قوله عليه الصلاة والسلام الى أجل معلوم لم يندكره ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من أسلم منك في كبل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم شرط لجواز السلم اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر فان قيل معناه من أراد سلماً مؤجلاً فليسلم الى أجل معلوم وبه نقول والحصر ممنوع وحينئذ لم يبق مقيداً فيجعل عليه المطلق والدليل على ذلك قوله في كبل معلوم ووزن معلوم فانه لا يجوز اجتماع الكبل والوزن في شيء واحد فكأن معناه في كبل معلوم ان كان كيلياً ووزن معلوم ان كان وزنياً فيقدر (٢١٧) الى أجل معلوم ان كان مؤجلاً

فالجواب أن قضية العقل كفت مؤنة التميز فلا حاجة الى التقدير لانه خلاف الاصل سلمناه ولكن لا يلزم من تحمل المحذور ضرورة تحمله بالضرورة ولا ضرورة في التقدير في الاجل لا يقال العمل بالدليلين ضرورة فيجعل التقدير لاجله لان قوله رخص في السلم يدل على جواز بطريق الرخصة وهي انما تكون لضرورة ولا ضرورة في السلم الحلال على ان سوق السكك لا يبين شروط السلم لالبيان الاجل فليست اولى لان السلم شرع فليست اولى لان السلم شرع رخصة لدفع حاجة المغاليس اذ القياس عديم جواز يسع ما ليس عند الانسان وما شرع لذلك لانه وان ثبت على وجهه يندفع به حاجة المغاليس واللام يكن مفيداً لما شرع له والسلم الحلال ليس كذلك لان دفع الحاجة يعتمد الحاجة والمسلم اليه اماناً ان يكون قادراً على التسليم في الحال أولاً فان كان الأول فلا حاجة فلا دفع فلا ضرورة فيجب على الثاني وان كان الثاني

قال (ولا يجوز السلم الا مؤجلاً) وقال الشافعي رحمه الله يجوز حالاً لا يطلق الحديث و رخص في السلم ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الى أجل معلوم فيساروينا ولانه شرع رخصة دفع الحاجة للمغاليس فلا بد من بل مجرد وصف فلا يكتفي به الى آخر ما ذكرنا وكذا الاستقراض و رنا أيضاً ممنوع بل ذلك مذهبنا وبعد التسليم أي تسليم ان ضمان اللحم بالمثل كما اختاره الاسججاني أنه يضمن بالمثل الا أن ينقطع من أيدي الناس وهو الوجه لان جريان بالفضل فيه قاطع بانه مثلي فيفترق بين الضمان والسلم بان المعادلة في الضمان منصوص عليها وتتمام المعادلة بالمثل لانه مثل صورة ومعنى أما القيمة فمثل معنى فقط لان الموجب الاصل رد العين والمثل أقرب الى العين بخلاف القيمة وكذا يتقيد برسليم استقراضه فالفرق بين السلم والقرض أن القبض في القرض معان محسوس فأمكن اعتبار المقبوض ثانياً بالاول أما السلم فاعلم يقع على الموصوف في الذمة وبالوصف عند العقد لا تعرف مطابقته للموجود عند القبض كعرفة مطابقته بعد رؤية المقبوض الموجب للمثل وهذا معنى قوله أما الموصوف فلا يكتفي به أي لا يكتفي بالوصف في معرفة الموافقة بين الموصوف والمقبوض كالمقبوض أولاً والمقبوض ثانياً ولما أهدر الشارع في باب الربا كون الجوده قارناً للباين لحي نوع متفاضلاً وان اختلف موضعهما كتحكم فخذ مع لحم ضلع (قوله) ولا يجوز السلم الا مؤجلاً) وهو مذهب مالك وأحمد رحمهما الله (وقال الشافعي رحمه الله يجوز السلم الحلال بان يقول مثلاً سلمت هذه العشرة في كرخنة صغتها كذا وكذا الى آخر الشروط وبه قال عطاء وأبو ثور وابن المنذر (لاطلاق النص) وهو قوله (ورخص في السلم) والظاهر انهم لا يستدلون به لانهم أهل حديث وهذا لا يثبت الامن كلام الفقهاء وانما الوجه عندهم أنه لا دليل في اشتراط الاجل فوجب نفيه وربما استدلو على نفيه بأنه لو شرط الاجل لكان لتحصيل القدرة على التسليم التي هي شرط جواز العقد وهي ثابتة والظاهر من حال العاقد أنه لا يلتزم تسليم ما لا يقدر عليه والغرض وجود المسلم فيه فيقدر عليه ولو لم يكن قادراً حقيقة فقد ثبتت قدرته بما دخل في يده من رأس المال ولهذا أوجبنا تسليم رأس المال بخلاف السكك الحائلة فان العبد يخرج بالسكك من يده من غير أن يدخل في ملكه شيء فلا يصير قادراً على تسليم بدل السكك وأما استدلالكم بقوله صلى الله عليه وسلم من أسلم منك في شيء فليسلم في كبل معلوم ووزن القيمة لانه مماثلة صورة ومعنى والقيمة لا تماثل صوراً والموجب الاصل رد العين فيها والمثل أقرب الى العين فكان أعدل منها ولان القبض محسوس معان في القرض فأمكن اعتبار المقبوض ثانياً بالاول والسلم يقع على الموصوف في الذمة وبالوصف عند العقد لا يعرف الموصوف عند العقد (قوله) ولا يجوز السلم الا مؤجلاً) وقال الشافعي رحمه الله يجوز السلم الحلال لا يطلق الحديث و رخص في السلم فنأصل الشافعي رحمه الله حل المطلق على المقيد وهنالك يحمل مطلق قوله عليه السلام و رخص في السلم على المقيد من قوله عليه السلام من أسلم منك فليسلم في كبل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم فقال انما نكرت أصلي لاني وجدت الاصول متعارضة

(٢٨) - (فتح القدير والسكك) - (سادس) فلا بد من الاجل ليحصل فيسلم والا لادى الى النزاع المخرج للمغاليس وعاد على موضوعه بالنقض فان قيل لو كان شرعية السلم كما ذكرتم لما جاز من عنده كراخنة أجيب بان السلم لا يكون الا بائناً في الدين وهو دليل على عدم حقيقة أمر باطن لانطالع عليه فأقيم السبب الظاهر الدال عليه مقامه وبني عليه هذه الرخصة كافي رخصة المسافر (قوله) فيجعل على المقيد (الح) أقول على ما هو مذهب الشافعي (قوله) لم يندكره (قوله) إشارة الى ما يندكره في حيز فان قيل وجواب لقوله لا يقال مطلقاً فيجعل على المقيد (قوله) لان قوله رخص في السلم (الح) أقول وأيضاً العمل بالدليلين يوجد بحمل المطلق على المقيد على ما هو أصل الخصم ثم قوله لان قوله رخص (الح) جواب لقوله لا يقال العمل بالدليلين

الاجل لا يقدر على التخصيل فيه فيسلم ولو كان قادراً على التسليم لم يوجد المرخص فبقى على النافي قال (ولا يجوز الأجل معلوم) لما روينا ولا أن الجهالة فيه مفضية إلى المذارة كما في البيع والجل أدناه شهر وقيل

معلوم إلى أجل معلوم فليس معناه الأمر بالتأجيل في السلم فممنوع الحال بل معناه من أسلم في مكيل فليسلم في مكيل معلوم أو في موزون فليسلم في موزون معلوم أو إلى أجل فليسلم إلى أجل معلوم لأنه لو لم يكن كذلك فكان أيضاً أمراً بأن يكون السلم في مكيل أو موزون فلم يجز في المعسود والمذروع لأن النسق في الفصول الثلاثة واحد ونحن نقول لا شك أن أهل الاجماع فاطبة في إخراجهم من ذلك الحكم العام للترخيص للمغاليس المحتاجين إلى نفقة عاجلة قادرين على البدل بقدره آجلة فلا يتحقق بحمل الرخصة الأمع ذكر الاجل فلا يجوز في غيره وكونه قادراً حال العقد لم يتحقق المبيع في حقه ولما كان جوازاً للمعاينة وهي باطنية أنيط بأمر ظاهر كالمستقر في قواعد الشرع كالسفر المشقة ونحوه وهو ذكر الاجل فلم يلتفت بعد ذلك إلى كون المبيع معدوماً عند المسلم إليه حقيقة أو موجوداً قادراً هو عليه فنقول المصنف (ولو كان قادراً على التسليم لم يوجد المرخص) معناه لو لم يذكر الاجل والله تعالى أعلم وقولهم الغرر في السلم الحال أقل منه في المؤجل بعد ما ذكرنا لا يفيد شيئاً أعني بعد ما بينا من أن شرعيته لدفع حاجة المحتاج إلى المال العاجز عن العوض في الحال فان الغرر قد يحمل فيه لتلك الحاجة وهي متفهمة في السلم الحال (قوله والاجل أدناه شهر إلى آخره) في التحفة لازماً وبه عن أصحابنا رضوان الله عليهم في المبسوط في مقدار الاجل واختلفت

حيث وجدت المبيع غير مؤجل والكتابة مؤجلة على أصلي وهذا أدبه كما يقول تركت أصلي في كفارة اليمين لأنني وجدت الأصول متعارضة فان صوم المتعة مشروع بصيغة التفريق وصوم الظاهر مشروع بصيغة التتابع فترك صوم كفارة اليمين مطلقاً على حاله ان شاء فرق كما في صوم المتعة وان شاء تابع كما في الظاهر ومن أصل علمائنا رحمه الله أنه لا يحمل المطلق على المقيد إذا أمكن العمل به ما قاما إذا لم يمكن كما في النصين في صوم كفارة اليمين علمنا بالتتابع بطريق الزيادة وهذا لما ورد الاطلاق والتقدير في الحكم وهو جواز عقد السلم عند ذكر الاجل وعدم الجواز عند تركه وكان التقيد بشرط الاجل وصحاً إذا على الحكم المطلق ولم يمكن العمل به ما فعلنا بالزيادة على طريق حل المطلق على المقيد اخرج الشافعي رحمه الله في ذلك بالحديث ورخص في السلم فقد أثبت في السلم رخصة مطلقة فاشتراط التأجيل فيه زيادة على النص والمعنى فيه أنه معاوضة مال بمال فيكون الاجل فيه ترفهاً لا شرطاً كالبيع والاجارة ولأن الظاهر من حال العاقل أنه لا يلتزم تسليم ما لا يقدر على تسليمه فكان الظاهر أنه يقدر على تسليمه وذلك يعني لجواز العقد ولو لم يكن قادراً على التسليم فيما يدخل في ملكه من رأس المال يقدر على التخصيل والتسليم ولهذا أوجبنا تسليم رأس المال على رب السلم أو لا قبل قبض المسلم فيه وهذا فارق الكتابة الحالية قال فاني لا أجوز الكتابة الحالية فان العبد يخرج من يده ماله غير ماله لا شيء فلا يكون قادراً على تسليم البدل بما يدخل في ملكه لا يقدر على التخصيل الأبدية فهذا الأجور والامور جلا وبجنتنا فيه قوله عليه السلام من أسلم منك في سلم في كميل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم فقد شرط لجواز السلم اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر والمراد به ان الاجل من شرائط السلم كالرجل يقول من أراد الصلاة فليستوا لأن يكون المراد أنه إذا أسلم مؤجلاً ينبغي أن يكون الاجل معلوماً وقال صاحب الاسرار في موطأه تحريم السلم على من أراد الأبدية الاوصاف كمن قال لا تخرم من دخل ناري فليدخل غاض البصر ومن كلمني فليكنام بالصواب فيقيد المطلق في حديث الرخصة بهذا وفيه اشكال لأنه لا يقتضي انحصار ما جاز من السلم في المذكور وفي الحديث إذا سلم مع في المذروع والمعدود فكان الحديث سائلاً كتبت بيان السلم الحال وما رواه ناطق فيصح ويمكن أن يقال ان الأصل عدم جواز السلم لكونه يبيع مال ليس عند الانسان وما ورد النص بجوازه الامور جلا وما رواه حكاية حال لا عموم له وقد أراد به السلم المؤجل لاجتماع فلم ير غير ذلك لا يعم (قوله ولو كان قادراً على التسليم لم يوجد المرخص) فان قيل الرخصة

قال (ولا يجوز الا بالاجل معلوم) اذا ثبت اشتراط الاجل في السلم لا بد من كونه معلوماً بما روينا وبما يعقل وهو أن الجهالة مفضية إلى المذارة كما في البيع فهذا يطالبه بمدة قريبة وذلك يؤديه في بعده او اختلاف في أدنى الاجل فقبل أدناه شهر استدلالاً بمسئلة كتاب الايمان حلف بقض دينه عاجلاً لا نقضاه قبل تمام الشهر روي بمنه فاذا كان مادون الشهر في حكم العاجل كان الشهر وما فوقه في حكم الاجل وقيل ثلاثة أيام وهو ما ذكره أحمد بن أبي عمران البغدادي استاذ الطحاوي عن أصحابنا اعتباراً بخيار الشرط وليس يصح لأن الثلاثة ثم بيان أقصى المدة فأما أدناه فغير مقدر وقيل أكثر من نصف يوم لأن المجل ما كان مقبوضاً في المجلس والمؤجل ما يتأخر قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس بينهما في العادة أكثر من نصف يوم وقال أبو بكر الرازي والاول أصح لكونه مدة يمكن تحصيل المسلم فيه فيها ولما ذكرنا من كتاب الايمان

قال (ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه) لا يصح السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه اذ لم يعلم مقداره لان التسليم في السلم متأخر فربما يضيع المكيال أو الذراع فيفضى الى المنازعة ويعلم من هذا ان المكيال اذا كان معلوم القدر والذراع كذلك ارباع بذلك الا انه مجهول القدر يابيد لباأس بذلك لحصول الامن من المنازعة وقدمر يعنى في أول البيوع ان البيع بدأ بيد مكيال لا يعرف مقداره يجوز ان القبض يتجمل فيه فيندر الهالك لكن لا بد أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينسبط كما اذا كان من حديد أو خرف أو خشب أو نحوها أما اذا كان لما ينكبس بالكبس كالزنبيل بكسر الزاي لان فعيلا بفتح الفاء ليس من أنبيتهم والجواب والغرارة والجواهر فانه لا يجوز لافضائه الى المنازعة الا أن أبا يوسف رحمه الله استحسن في قرب الماء وهو أن يشتري من سقاء كذا كذا قرية من ماء النيل او غير ذلك مثلا بهذه القرية وعينها جاز البيع ومقتضى القاعدة المذكورة انه لا يجوز اذا عين هذه القرية والله اعلم ولكن بمقدارها والزنبيل بالفتح بال تشديد وبالكسر مشدد الباء ويقال الزنبيل ايضا (قوله ولا في طعام قرية بعينها) كمنطقة بلدة الفهمين والمحلة ببلاد مصر (او ثمر نخلة بعينها) او بستان بعينه (لانه قد تعتبر آفة تقتنى قدرة التسليم) قال المصنف (والله أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله أرايت لو ذهب مرة هذا البستان بم يستحل أحدكم

ثلاثة أيام وقيل أكثر من نصف يوم والاول أصح) ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه) معناه اذ لم يعرف مقداره لانه تأخر فيه التسليم فربما يضيع فيؤدي الى المنازعة وقد مر من قبل ولا بد أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينسبط كالقصاع مثلا فان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجواب لا يجوز للمنازعة الا في قرب الماء للتعامل فيه كذا روى عن أبي يوسف رحمه الله قال (ولا في طعام قرية بعينها) أو ثمر نخلة بعينها لانه قد يعتبر آفة فلا يدعى على التسليم واليه أشار عليه الصلاة والسلام حيث قال وأيت لو أذهب الله تعالى الثمر بم يستحل أحدكم

الروايات عنهم والاصح ما روى عن محمد أنه مقدر بالشهر لانه أدنى الاجل وأقضى العاجل وقال الصمد الشهيد الصحيح ما روى عن الكرخي أنه مقدار ما يمكن تحصيل المسلم فيه وهو جدير أن لا يصح لانه لا ضابط بمقتضى فيه وكذا ما عن الكرخي من رواية أخرى أنه ينظر الى مقدار المسلم فيه والى عرف الناس في تأجيل مثله كل هذا تنفتح فيه المنازعات بخلاف المقدار المعين من الزمان وفي الايضاح فان قدرا نصف يوم جاز وبعض أصحابنا قدروا بثلاثة أيام استدلالا بجملة خيار الشرط وليس بصحيح لان التقدير ثمة بالثلاث بيان أقصى المدة فأما أدناه فغير مقدر انتهى والتقدير بالثلاث يروى عن الشيخ أبي جعفر أحمد بن أبي عمران استاذ الطحاوي وصحح المصنف الاول لانه مروي عن محمد ولانه مأخوذ من مسألة الهين وهي ما اذا حلف لبيعين دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر بر في عينه فكان مادون الشهر في حكم العاجل فالشهر وما فوقه آجل قالوا وعليه الفتوى (قوله ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه) قال المصنف (معناه اذا كان لا يعرف مقداره) أما اذا عرف فيجوز لضبط المقدار ولو تلف ذلك المكيال والذراع وانما لا يجوز لما ذكرنا من احتمال هلاك ما قدر به فيتعذر الا بقاء قال (وقدمر من قبل) يريد أول كتاب البيوع وهو قوله ويجوز البيع ببناء بعينه لا يعرف مقداره ووزن حجر بعينه الى أن قال بخلاف السلم الى آخره وقدمر عن أبي حنيفة أنه لا يجوز أضافي بيع العين بالعين لانه لا يبيع ايس بمكياله ولا بجازفة وبيع الحنطة انما يجوز على أحدهما والصحيح الاول والحصر ممنوع ويتقدر التسليم فهذا يبيع مجازفة ثم لا بد (ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينسبط كالقصاع) والحديد والخرف (فان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل) والغرارة (لا يجوز للمنازعة) عند التسليم (الا في قرب الماء فيمبارى عن أبي يوسف للتعامل فيه) فانه اجازة وهو ان يشتري من سقاء كذا كذا قرية من ماء النيل او غير ذلك مثلا بهذه القرية وعينها جاز البيع ومقتضى القاعدة المذكورة انه لا يجوز اذا عين هذه القرية والله اعلم ولكن بمقدارها والزنبيل بالفتح بال تشديد وبالكسر مشدد الباء ويقال الزنبيل ايضا (قوله ولا في طعام قرية بعينها) كمنطقة بلدة الفهمين والمحلة ببلاد مصر (او ثمر نخلة بعينها) او بستان بعينه (لانه قد تعتبر آفة تقتنى قدرة التسليم) قال المصنف (والله أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله أرايت لو ذهب مرة هذا البستان بم يستحل أحدكم

نابذة في حق من قدوى على التسليم وفي حق من لم يقدر ولو كانت شرعيته دفعا لحاجة المفا ليس لاختصاص بحالة الافلاس قلنا شرعيته لدفع حاجة المفا ليس والافلاس أمر باطن لا يمكن الوقوف على حقيقةه والشرع في هذه الرخصة على الحاجة فبنى على السبب الظاهر الدال على الحاجة لكيكتنا تعليق الحكم به والبيع بالخسران دليل الحاجة وتظيره اقامة السفر مقام المشتق و اقامة النكاح مقام الماء في النسب (قوله فبق على الثاني) وهو قوله عليه السلام لا يبيع ما ليس عندك والاجل أدناه شهر وهو الاصح وعليه الفتوى لان من حلف لبيعين دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر بر فاذا كان مادون الشهر في حكم العاجل فالشهر وما فوقه في حكم الاجل وقيل ثلاثة أيام كالاجل في شرط الخيار وقيل أكثر من نصف يوم لان المجل ما قبض في المجلس والموجل ما لم يقبض فيه ولا يبقى المجلس بينهما أكثر من نصف يوم عادة (قوله وقدمر من قبل) أى في أول كتاب البيوع (قوله مما ينكبس بالكبس) أى يتلى جدا اذا بولغ في ملئه (قوله واليه أشار النبي عليه السلام حيث قال

السلم في عمر فلان آمن ثم حائط فلان فلا رأي تلو أذهب الله التمر بم يستحل أحدكم مال أخيه ولا خفاه في كونه منه غلبه الصلاة والسلام بيانا بطريق التعليل لعدم الجواز في عمرة (٢٢٠) قرية بعينها وقوله مال أخيه أراد به رأس المال أي لم تحصل الثمرة فبأي طريق

مال أخيه ولو كانت النسبة إلى قرية لبيان الصفة لا بأس به على ما قالوا كالخشمرا في بخاري والبساخي بفرغانة قال (ولا يصح السلم عند أبي حنيفة رحمه الله إلا ببيع شرائط

مال أخيه) فان معنى هذا أنه لا يحق بهذا البيع ثمانان لم يخرج هذا البستان شيئا فبأي بيع غير هذا البستان غير والافتساح فلا يصح بخلاف ما إذا أسلم في حنطة صعيدية أو شامية فان احتمال أن لا يثبت في الاقليم برمتي ضعيف فلا يبلغ الغر والمنايع من الصحة فيجوز زف هذا الحديث يفيد عدم صحة البيع سواء كان وروده في السلم أو في البيع مطلقا والواقع أن معناه ورد في السلم وفي البيع أمافي السلم فاقصد منه من حديث أبي داود وابن ماجه في الذي أسلم في ثلث الحديقة الخسل فلم يطلع شيئا فإراد المسلم إليه أن يمنع من الثمن الذي كان أخذه وقال إنما الخل هذه السنة حديث قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذ من ثلث شيئا قال لا قال بم يستحل ماله اردد عليه ما أخذت منه الحديث وأما في مسلم عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لو بعث من أخيك ثمرا فاصابته بجائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا تأخذ من أخيك بغير حق فيصدق على كل من السلم والبيع ويمكن أن يكون دليلا على أن هلاك المبيع يبطل البيع ويوجب رد الثمن فهو دليل هذه المسئلة أيضا وفي الصحيحين عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان لم يثمرها الله فبم يستحل أحدكم مال أخيه هذا (فلو كانت نسبة الثمرة إلى قرية) معينة (لبيان الصفة) لالتعيين الخارج من أرضها بعينه (كالخشمرا في والبساخي) بخاري وهي قرية حنطتها جديدة (بفرغانة لا بأس به) ولأنه لا يراد بخصوص البساتين هناك بل الاقليم ولا يتوهم انقطاع الحنطة هناك لانه اقليم وكذا إذا قال من حنطة هراة يريد هراة خراسان ولا يتوهم انقطاع طعام اقليم بكمله فالسلم فيه وفي طعام العراق والشام سواء وكذا في ديار مصر في قمع الصعيد والذي في الخلاصة وذ كرمعناه في المجتبى وفي غيره ولو أسلم في حنطة بخاري أو حنطة سمرقند أو اسباج لا يجوز لتوهم انقطاعه ولو أسلم في حنطة هراة لا يجوز وفي ثوب هراة وذ كرمشوط السلم يجوز لان حنطتها يتوهم انقطاعها إذا إضافة تخصيص البقعة فيحصل السلم في موهم الانقطاع بخلاف إضافة لثوب لانهم البيان الجنس والنوع لا لتخصيص المكان ولذا لو أتى المسلم اليه في ثوب هر وي ثوب نسج في غير ولاية هراة من جنس الهر وي يعني من صفته وموثته يجبر وب السلم على قبوله فظهر ان المنايع والمقتضى العرف فان تعرف كون النسبة لبيان الصفة فقط جاز والا فلا يبينه ما في الخلاصة قال لو كان ذكر النسبة لالتعيين المكان كالخشمرا في فانه بذ كرا بيان الجوده لا يغسد السلم وان كان يتوهم انقطاع حنطة ذلك الموضع مثل الثوب جاز السلم والا أمافي السلم في الحنطة الصعيدية والعراقية والشامية فلا شك في جوازه وفي شرح الطحاوي لو أسلم في حنطة حدد بثقة قبل حدودها فالسلم باطل لانها منقطعة في الحال وكونها موجودة في وقت العقد الى وقت الحل شرط لصحة السلم (قوله ولا يصح السلم عند أبي حنيفة رضي الله عنه إلا ببيع شرائط) تذكري في العقد وأما عندهما فهي الجنس الاولى ولا شك أن السلم شرطا غير هراة ولكن لا يشترط

أرأيت أي أخبرني لو أذهب الله التمر بم يستحل أحدكم مال أخيه يعني به رأس المال قاله حين سئل عن السلم في عمر حائط (قوله ولو كانت النسبة إلى قرية لبيان الصفة لا بأس به على ما قالوا) أي لبيان أن صفة الحنطة المسلم فيها مثل صفة حنطة تلك القرية وفي المبسوط وإذا أسلم في حنطتين حنطة هراة خاصة وهي تنقطع عن أيدي الناس فلا خصوصية فيه كملو أسلم في طعام قراح بعينه قبل لم يرد هذا هراة خراسان وإنما مراده قرية من القررات تسمى هراة وطعام ثلاثة القرية يتوهم أن تصيبها آفة لها أما هراة خراسان فلا يتوهم انقطاع طعامها فهو والسلم في طعام العراق والشام سواء وان أسلم في ثوب هر وي فلا بأس به ومن أحجابه ان يقول بان الثوب الهر وي لا يتوهم انقطاعه بخلاف الطعام فالجرا قد يستأصل طعام هراة ولا يستأصل حوكة هراة وهذا

يحل أو رأس المال للمسلم إليه ولو كان النسبة إلى قرية بعينها لبيان الصفة أي لبيان ان صفة تلك الحنطة التي هي المسلم فيها مثل صفة حنطة تلك القرية المعينة كالخشمرا في بخاري والبساخي بفرغانة جاز العقد فان تعيين الخشمرا في ليس باعتبار أن تكون الحنطة منه ليس الا بل باعتبار ان صفة الحنطة مثلا مثل صفة حنطة الخشمرا في وعلى هذا ظهر الفرق بين ماذا أسلم في حنطة من حنطة هراة وبين ماذا أسلم في ثوب هراة في جواز الثاني دون الاول فان نسبة الثوب إلى هراة لبيان جنس المسلم فيه لالتعيين المكان فان الثوب الهروي ما ينسج على صفة معلومة فسواء نسج على تلك الصفة بهراة أو غيرها يسمى هراة وإذا أتى المسلم اليه بثوب نسج على تلك الصفة في غير هراة أجبر وب السلم على القبول بخلاف الحنطة فان حنطة هراة ما نبتت باوض هراة والثابت في غيرها لا ينسب إليها وان كان تلك الصفة فتشكان تعيينا للمكان وهو موهم الانقطاع حتى لو كان لبيان الصفة عاد كالاول قال (ولا يصح السلم عند

أبي حنيفة إلا ببيع شرائط) صحة السلم موقوفة على وجود سبع شرائط عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما على خمسة ظاهرا المتفق عليه فهو ان يكون في جنس معلوم حنطة أو غيرها ونوع معلوم

جنس

سقية أو بخسية والبخسى خلاف السقي منسوب الى البخس وهى الارض (٢٢١) التى تسقى بها السماء لانها مخسوسة الحظ من

الماء وصفة معلومة جيدة
أورد يشته ومقدار معلوم
عشرين كرا بكيل معروف
أو عشرين رطلاً أو أجل
معلوم والأصل فى ذلك من
القول ما روينا من قوله
صلى الله عليه وسلم من أسلم
منكم الخ ومن المعنى الفقهي
ما بينا ان الجهالة فيه مقضية
الى النزاع فلما اختلف فيه
(فعرفة مقدار رأس المال
ان كان مما يتوقف على
مقداره كالمكيل والموزون
والمعدود وتسمية المكان
الذى يوفيه فيه اذا كان له
جبل) بفتح الحاء (ومؤنة)
ومعناه ماله نفعل يحتاج فى
جمله الى طهر أو أجرة جمال
فهذان شرطان لأصحته عند
أبي حنيفة وهو المروي عن
ابن عمر رضى الله عنهما
خلافهما قال فى المسئلة
الاولى ان المقصود يحصل
بالاشارة فاشبهه الثمن
والأجرة يعنى اذا جعل المكيل
أو الموزون ثمن المبيع أو أجرة
فى الاجارة واشير اليهما جاز
وان لم يعرف مقدارهما
فكذلك ينبغي ان يكتفى بالاشارة
فى رأس المال بجامع كونه
بدلاً وصار كما اذا كان رأس
المال ثوباً فان الاشارة فيه
تكتفى اتفاقاً وان لم يعرف
ذوعه ولا بى حنيفة ترجمه
انه انه روى جرح بعضا من نواف
ولا يستبدل فى المجلس فلو لم
يعلم قدره لا يدري فى كبرى

جنس معلوم) كقولنا حنطة أو شعير (ونوع معلوم) كقولنا سقية أو بخسية (وصفة معلومة) كقولنا
جيداً أو ردياً (ومقدار معلوم) كقولنا كذا كيلاً بكيل متر وف وكذا وزن (وأجل معلوم) والأصل فيه
ما روينا والفقهاء ما بينا (ومعرفة مقدار رأس المال اذا كان يتعلق العقد على مقداره) كالمكيل والموزون
والمعدود (وتسمية المكان الذى يوفيه فيه اذا كان له جبل ومؤنة)

لصحة السلم ذلك كره فى العقد بل وجودها وشرائط جع شرطاً فقول بعضهم فى بعض النسخ سبع وهو
الاصح ليس كذلك بل سبعة على تقدير كون المعدود شرطاً وسبع على تقديره شرطاً وكل وارد على اعتبار
خاص والمعرف من النسخ ليس الا المشهور وسبع شرائط جنس معلوم كطنة شعير ونوع معلوم كسقية
وهى ما يسقى سحياً (أو بخسية) وهى ما يسقى بالمطر ونسبت الى البخس لانها مخسوسة الحظ من الماء
بالنسبة الى السحى غالباً (وصفة معلومة كجيد ردي) وسط مشعر سالم من الشعير (ومقدار معلوم كذا
كيلاً بكيل معلوم) فهذا أثره تشترط فى كل من رأس المال والسلم فيه ففى ثمانية بالتفصيل فان ما يجوز
كونه مسلماً فيه يجوز كونه رأس السلم ولا ينعكس فان النقود تكون رأس مال ولا سلم فيه (والخامس
أجل معلوم) والأصل فيه أى فى اشتراط هذه الخصال ما روينا يعنى قوله صلى الله عليه وسلم من أسلم
منكم الحديث نص على شرطى القدر المعلوم والاجل المعلوم وثبت باقى الخمسة بالدلالة لظهور ارادة الضبط
المناشئ للمنازعة وقوله (والفقهاء ما بينا) يعنى قوله ولان الجهالة مقضية الى المنازعة (والسادس) ذكر
مقدار رأس المال اذا كان رأس المال يتعلق العقد على قدره (يعنى تنقسم أجزاء المسلم على أجزاء وهو
أن يكون الثمن من المكيلات أو الموزونات أو المعدودات المتقاربة وهذا الشرط فى قدره احتراز عما اذا كان
ثوباً لان النزاع وصف لا يتعلق العقد على مقداره وعلام الوصف بعد الاشارة ليس بشرط ولهذا الواشترى
ثوباً على انه عشرة اذ عرف فوجده أحد عشر تسلم له الزيادة ولو وجدته تسعة لا يحط عنه شئ من الثمن والمسلم فيه
لا ينقسم على عدد الذرعان ليشترط اعلامه لان الاوصاف لا يقابلها شئ فى جهالة قدر الذرعان لا تؤدى الى جهالة
المسلم فيه وهى المسلم فيه بمقابلة المقدرات فيؤدى الى جهالة المسلم فيه فيفسد العقد وهذا شرط فى المسلم فيه
اتفاقاً فاصارت أحد عشر شرطاً والثانى عشر تسمية مكان الايقاع وهو يخص المسلم فيه والثالث عشر أن لا
يشمل البدلين احديهما على الزبالان انفراداً أحدهما يحرم النساء وأن لا يكون فيه خيار الشرط والرابع عشر
أن يتعين المسلم فيه بالتعيين فلا يصح السلم فى الدراهم والدنانير وتقدره وفى التبرير وايتان والخامس
عشر اعقاد الثمن على قول أبى حنيفة كذا ذكر بسبب اشتراطه لاجل اعلام قدره (والسابع
تسمية المكان الذى يوفيه فيه اذا كان للمسلم فيه حل ومؤنة) أى اذا كان نقله يحتاج الى أجرة ونحوه

ضعيف قالوا به قد يستأصل حوكة هراة ولكن المعنى الصحيح فى الفرق أن نسبة الثوب الى هراة لبيان جنس
المسلم فيه لا لتعيين المكان فان الثوب الهراة وهى ما يشترط على صفة معلومة فسواء نسج على تلك الصفة بهراة أو
بغيرها يسمى هراة وبما يميزه الزندنجى والودارى والى هذا أشار فى الكتاب فقال الثوب الهراة وهى من الثياب
تتميز الحنطة من الحبوب يعنى بهما ذابيان الجنس بخلاف الحنطة فان حنطة الهراة ما تنبت بارض هراة حتى
أن الثابت فى موضع آخر لا ينسب الى هراة وان كان بتلك الصفة فكان هذا تعييناً للمكان وذلك توهيم
انقطاعه قال مشايخنا ان نسب الى موضع يعلم أن مراده بذلك بيان الصفة فذلك لا يفسد أيضاً كالخشمع رانى
بخارافانه يذكر ذلك لبيان جودة الحنطة ولا يختص به ما ينبت بتلك القرية فكأنه قال فى حنطة جيدة السقي
ما يسقى سحياً فعلى معنى مقول البخس بخلافه منسوب الى البخس وهى الارض التى يسقى بها السماء لانها
مخسوسة الحظ من الماء (قوله والأصل فيه ما روينا) وهو قوله عليه السلام من أسلم منكم الى آخره والفقهاء
ما بينا وهو قوله ولان الجهالة فيه مقضية الى المنازعة (قوله ومعرفة مقدار رأس المال) اذا كان يتعلق العقد

وتحقيقه ان جهالة قدر رأس المال تستلزم جهالة المسلم فيه لان المسلم اليه ينفق رأس المال شيئاً يوارى بما يجده بعض ذلك ثوباً ولا يستبدله فى
مجلس الرد فيه طائل العقد بقدر ما رده فاذا لم يكن مقدار رأس المال معلوماً لا يعلم فى كم انتقض السلم أو فى كم بقى وجهالة المسلم فيه مفسدة بالاتفاق

فكانما يستلزمها وقوله (أو ربما) وجه آخر لفساده وهو أن المسلم اليه (قد يجز عن تحصيل المسلم فيه وليس لب السلم حينئذ الرأس ماله) وإذا كان مجهول المقدار تعذر ذلك فإن قيل (٢٢٢) ذلك أمر موهوم لا معتبر به فيما ينبي على الرخص أجاب المصنف رحمه الله بأن (الموهوم في هذا

وقالا لا يحتاج إلى تسمية رأس المال إذا كان معينا ولا إلى مكان التسليم ويسلم في موضع العقد فها تان مسئلتان ولهما في الأولى أن المقصود يحصل بالإشارة فاشبه الثمن والآخره وصار كالشوب ولا يبي حنيقة تانه ربما يوجد بعضا زو فاولا يستبدل في المجلس فلولم يعلم قدره لا يدري في كم بقى أو ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج إلى رد رأس المال والموهوم في هذا العقد كالمحقق لشرعه مع المنافي بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوبا لأن النزع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقدار

العقد كالمحقق لشرعه مع المنافي) إذا القياس بخلافه ألا ترى أنه لو أسلم عكبال رجلا بعينه لم يجز له وهم هلاك ذلك المكبال وعوده إلى الجهالة لا سيما على قول من اعتبر أدنى الأجل أكثر من نصف يوم فإن قيل في هذا اعتبار للنازل عن الشبهة لأن وجود بعض رأس المال زو فاقية شبه لاحتمال أن لا يكون كذلك وبعد الوجود الرد محتمل ففسد لا يرد بعد الرد ترك الاستبدال في مجلس الرد أيضا محتمل والمعتبر به دون النازل عنها لجواب ما تقدم أن المعنى من الموهوم هو ذلك وقيل بل هذه شبهة واحدة لأن كلامها ينسب على وجوده زو فاقا والأول أظهر (قوله بخلاف الشوب) جواب عما فاساده عليه من الشوب وتقر بره أن الشوب لا يتعلق العقد على مقداره (لأن النزع) في الشوب المعين (صغرة) ولهذا لو وجدته زائد على المسمى سلم له الزيادة مجانا ولو وجدته ناقصا لم يحط شيئا من الثمن وقد تقدم وليس كلامنا في ذلك وإنما هو فيما يتعلق العقد على مقداره فكان قياسا مع الفارق ولم يجب عن الثمن

لثقله (وقالا لا يحتاج إلى تسمية رأس المال إذا كان معينا) يقبضه دفعة (ولا إلى مكان التسليم ويسلم في موضع العقد فها تان مسئلتان) خلافتان بينهما وبينهما (لها في الأولى) وبقولها قال مالك وأحمد والشافعي في قول أن المقصود من إعلام قدر رأس المال وهو التسليم بلا منازعة (يحصل بالإشارة) إلى العين الثمن المجمل فافتنى عن إعلام قدره وصار كمثل المبيع المجمل والآخره المجمل في الإجارة والمضاربة إذا دفع إلى آخر دراهم معينة غير معلومة المقدار مضاربة بالنصف فانه حائز وكذا رأس المال الذي لا ينقسم المسلم فيه عليه كالشوب والعبد فانه لا يشترط فيه إعلام كمية ذرعائه بالاتفاق وله ما روى عن ابن عمر أنه قال به وقول الفقهاء من الصحابة مقدم على القياس والقياس على المسلم فيه بجماع أنه عوض تناوله عقد السلم ولأن جهالة قدر المسلم فيه مانع اتفاقا وجهالة رأس المال مؤد اليسه وما يؤدي إلى الامتناع شرعا يمنع شرعا بيان تأديته اليه أنه ربما ينفق رأس المال كناية عن المخرجون فربما يظهر فيسوف فيختار الاستبدال به ورده وقد يكون أكثر رأس المال زو فاقية إذا رده واستبدل به في المجلس يفسد السلم عند أبي حنيفة لأنه لا يجز الاستبدال في أكثر من النصف خلافا لهما وقد لا يتفق الاستبدال به في مجلس الرد فينقسم العقد في مقدار ذلك فإذا لم يكن قدر المكمل معلوما لم يدري في كم انتقض وفي كم بقي فيصير المسلم فيه مجهول المقدار وكذا لو استحق بعضه يلزم هذا أيضا وهذا وان كان موهوما فالموهوم في هذا العقد له حكم المعلوم (لشرعه مع المنافي) وهو كون المبيع معدوما فإن ما يشرع لذلك يكون ضعيفا في الشرعية فيؤثر فيه توهم الغرر المذكور وهذا في الحقيقة تعليل قوله صلى الله عليه وسلم رأيت لو أذهب الله ثمرة هذا الخا تطم يستحل أحدكم مال أخيه بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوبا لأن النزع وصف فيه) وكذا لو اشتراه على أنه عشرة فأذا هو خمسة عشر كان كله والمبيع لا يقابل الاوصاف فلا يتعلق العقد على قدره ولهذا لو ظهر الشوب أو الحيوان المجهول رأس مال مخرقا وهي عدد من الذرعان فيه فوجد المسلم اليه أنقص أو بعض أعضاء الحيوان فالغالب ينقص من المسلم فيه شيء بل المسلم اليه بالخيار إن شاء رضى به بكل المسلم فيه وإن شاء فسخ لغوات الوصف المرغوب فيه واستشكل بأن هذا الاعتبار لشبهة الشبهة أو أنزل منها فإن في وجود الزيف احتملا ثم اختيار الرد كذلك ثم عدم الاستبدال به في مجلس الرد على مقداره احتراز به عما إذا كان رأس المال ثوبا لأن النزع وصف لا يتعلق العقد على مقدار ما إعلام الوصف بعد الإشارة ليس بشرط ولهذا لو اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع فوجده أحد عشر تسلم له الزيادة ولو وجدته تسعة لا يحط عنه شيء من الثمن والمسلم فيه لا ينقسم على عدد الذرعان لا يشترط إعلامه لأن الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لجهالة قدر الذرعان بمقابله المقدرات فيؤدي إلى جهالة المسلم فيه فيفسد العقد (قوله فاشبه الثمن) بأن يقول اشترى ثوبا هذه الدراهم ولم يبين مقدارها والآخره بأن يقول استأجرت بهذا الدراهم ولم يبين مقدارها (قوله وصار كالشوب) بأن يقول أسلفت هذا الشوب ولم يبين قدر الذرعان (قوله) فلولم يعلم قدره لا يدري في كم بقي) فإن قيل في هذا الاعتبار لشبهة الشبهة أو أكثر وذلك لأن وجود بعض رأس المال زو فاقية شبهة واحتمال لا يمحتمل أن لا يجز زو فاقا وهو الظاهر وبعد الوجود الرد محتمل وبعد الرد ترك

على مقداره احتراز به عما إذا كان رأس المال ثوبا لأن النزع وصف لا يتعلق العقد على مقدار ما إعلام الوصف بعد الإشارة ليس بشرط ولهذا لو اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع فوجده أحد عشر تسلم له الزيادة ولو وجدته تسعة لا يحط عنه شيء من الثمن والمسلم فيه لا ينقسم على عدد الذرعان لا يشترط إعلامه لأن الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لجهالة قدر الذرعان بمقابله المقدرات فيؤدي إلى جهالة المسلم فيه فيفسد العقد (قوله فاشبه الثمن) بأن يقول اشترى ثوبا هذه الدراهم ولم يبين مقدارها والآخره بأن يقول استأجرت بهذا الدراهم ولم يبين مقدارها (قوله وصار كالشوب) بأن يقول أسلفت هذا الشوب ولم يبين قدر الذرعان (قوله) فلولم يعلم قدره لا يدري في كم بقي) فإن قيل في هذا الاعتبار لشبهة الشبهة أو أكثر وذلك لأن وجود بعض رأس المال زو فاقية شبهة واحتمال لا يمحتمل أن لا يجز زو فاقا وهو الظاهر وبعد الوجود الرد محتمل وبعد الرد ترك

والآخره لأن دليله تضمن ذلك فإن البيع والإجارة لا يفسدان برد الثمن والآخره وترك الاستبدال في مجلس الرد ومن فروغ الاختلاف في معرفة مقدار رأس المال ما إذا أسلم مائة في كرحنطة وكمر شعير ولم يبين رأس مال كل واحد منهما فانه لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله لأن المائة تنقسم على الحنطة والشعير باعتبار القيمة وطريق معرفة الحز ولا يكون مقدار رأس مال كل

واحد منهما معلوم وعندهما يجوز لان الاشارة الى الغين تكفي لجواز العقد وقد حدثت أو أسلم دراهم ودنانير في كرحنطة وقد علم وزن
أحدهما دون الآخر فإنه لا يجوز عنده لان مقدار أحدهما إذا كان بجهد ولا يبطل العقد في حصته لعدم شرط الجواز في حصته فيبطل في حصته
الآخر أيضاً لاتحاد الصفقة أو لجهالة حصته الآخر وعندهما يجوز لوجود الاشارة وقال في المسئلة الثانية ان مكان العقد يتعين للإبقاء لان
العقد الموجب للتسليم وجد فيه وما كان كذلك يتعين كافي ببيع حنطة بينهما فان التسليم (٢٢٣) يجب في موضع العقد ولأنه لا يترجى
مكان آخر لعدم ما يترجى

وما هو كذلك يتعين كأول
أوقات الامكان في الاوامر

فان الجزء الاول يتعين للسببية
اعدم ما يترجى وقد عرف في
موضعه وصار كالقرض
والغصب في تعين مكانهما
للتسليم ونوقض بما ابايع
طعما وهو في السوادفانه
روى عن محمد رحمه الله أن
المشتري ان كان يعلم مكان
الطعام فلا خيار له وان
لم يعلم فلا خيار ولو تعين
مكان البيع للتسليم لما
كان له الخيار وعورض
بان مكان العقد ولو تعين
لبطل العقد ببيان مكان آخر
كافي ببيع العين فان من
اشترى كرحنطة وشرط على
البائع الحمل الى منزله يفسد
عقده اشتراها في المصرا
خارجة بحسنه أو بخلاف
جنسه والجواب عن النقض
ان مكان البيع يتعين
للتسليم اذا كان المبيع
حاضرا والمبيع في التسليم
حاضرا لانه في ذمة المسلم اليه
وهو حاضر في مكان العقد
فيكون المبيع حاضرا
بحضوره وفيه نظر لان فيه
قيدا لم يذكر في التعليق
ومثله بعد انقطاعا وعرض

ومن فروعه إذا أسلم في جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما أو أسلم جنسين ولم يبين مقدار أحدهما
ولهما في الثانية أن مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ولأنه لا يترجى مكان آخر فيه

ففيه أيضا ذلك والمعتبر الشبهة لا النازل كما أفاده الحديث فان المعتبر فيه الشبهة لا غير وهو احتمال أن لا يخرج
الثمرة آجيب تارة بأنها شبهة واحدة فان الكل مبني على وجود الزيف ونارة بان السؤال فاسد لان الشبهة
ما يشبهه الثابت وليس بثابت كالنقد مع النسبة وليس هذا كذلك وانما اعتبر الموهوم بالنص المذكور على
أن طريق المنع ما انحصر في وجود الزيف بل ظهر واستحقاق رأس المال كما ذكرنا أنه طريق ومما يدل على
صحته اعتبار الموهوم في هذا العقد اجماعا على أنه لا يصح السلم بحكيال رجل بعينه لا يعرف مقداره لاحتمال
هلاك هذا الكيل قبل الحلول قال المصنف (ومن فروعه) أي من فروع الخلاف في معرفة قدر رأس المال
(إذا أسلم في جنسين) كسكرحنطة وكركشعير عشرة مثلاً (ولم يبين رأس مال كل منهما) من العشرة (أو أسلم
جنسين) كدنانير ودراهم في جنس واحد كبر أو أسلم تمر او حنطة معينين في كذا منان من الزعفران (ولم يبين
مقدار أحدهما) يعني عرف مقدار أحدهما دون الآخر لا يصح السلم لبطلان العقد في حصته ما لم يعلم قدره
فيبطل في الآخر أيضاً لاتحاد الصفقة أو لجهالة حصته الآخر من المسلم فيه فيكون المسلم فيه مجهولاً ولهما في
المسئلة (الثانية) وهي اشتراط مكان التسليم فيما له مؤنة (ان مكان العقد يتعين) للإبقاء (لو جرد العقد)
فيه (الموجب للتسليم) ما لم يصرفاه باشتراط مكان غيره وخاصة أنه مقتضى عقد مطلق فلا يرد أنه لو كان
مقتضى العقد لما صح اشتراط غيره فان تغيير مقتضى العقد مردود وهو مفقود على ما هو رواية عن أحمد
رحمته الله وصار كائنصرافه الى غالب نقد البلد ما لم يسمي نقد غيره فينصرف اليه ويلحق بالثمن فان العقد
يقضيها معا فلما اقتضى وجوب تسليم الثمن في مكان العقد وجب في الآخر كذلك وصار المكان كالزمان
الذي هو أول أوقات الامكان حيث يتعين للوجوب لعدم المزاحم أو لادعاء على قول الكرخي في الامر المطلق
وتقريره أن التسليم يحتاج الى مكان وهذا المكان لا يترجى فيه غيره فيتعين كأول أوقات الامكان والحاقا

الاستبدال في مجلس الرد محتمل والمعتبر هو الشبهة دون النازل عنها قلنا هذه شبهة واحدة لان كلامها
مبني على وجوده زيفا فكانت شبهة واحدة فيعتبر والموهوم في هذا العقد كالتحقق لشركه مع المنافى
هو قوله عليه السلام لا تبع ما ليس عندك وأنه يبيع المعلوم ألا ترى أنه عليه السلام كيف اعتبر الهلاك
الموهوم في تمر حائط بعينه وكيف اعتبر تروهم الهلاك في كميال رجل بعينه (قوله ومن فروعه) إذا أسلم في
جنسين (أي من فروع الاختلاف في معرفة مقدار رأس المال إذا أسلم في جنسين ولم يبين رأس مال كل
واحد منهما بان أسلم مائة درهم في كركبر وكركشعير ولم يبين رأس مال كل واحد منهما لا يصح عند أبي حنيفة
رحمته الله لان اعلام قدر رأس المال شرط فيقسم المائتين على البر والشعير باعتبار القيمة وهي تعرف بالخزر
والظن فلا يكون قدر رأس مال كل واحد منهما معلوما حتى لو كان من جنس واحد يصح لان رأس المال
ينقسم عليه ما على السواء أو أسلم جنسين ولم يبين مقدار أحدهما بان أسلم دراهم ودنانير في كركبر وقد علم
وزن أحدهما ولم يعلم وزن الآخر لا يصح عنده لان اعلام قدر رأس المال شرط عنده فاذا لم يعلم أحدهما بطل
العقد في حصته فيبطل في حصته الآخر أيضاً لاتحاد الصفقة (قوله ولهما في الثانية) أي في

المعارضة بان التعيين بالدلالة فإذا جاء به شيء بخلافها بطلها وانما فسدت في بيع العين لانه قابل الثمن بالمبيع والحل فليسبب صفقة في صفقة
ولا في حنيفة رحمه الله ان التسليم سلمه غير واجب في الحال لا اشتراط الاجل بالاتفاق وكل ما هو تسليم غير واجب في الحال لا يتعين مكان العقد
فيه للتسليم لان موضع الالتزام انما يتعين للتسليم بسبب يستحق فيه التسليم بنفس الالتزام ليكون الحكم ثابتا على طبق سببه وانما يستحق
تسليمه بنفس الالتزام لسكونه مؤجلا بخلاف القرض والغصب والاستهلاك فان تسليمها يستحق بنفس الالتزام فيتعين موضعها قال أبو حنيفة
(قوله لان العقد الموجب الى قوله ولأنه لا يترجى) أقول والظاهر عندي أن المجموع دليل واحد لا مدعى إذا لم يتم أحدهما بالآخر فليتدبر

فيصير نظير أول أوقات الامكان في الاوامر فصار كالقرض والغصب ولا يبي حنيقة ورجه الله أن التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين بخلاف القرض والغصب وإذا لم يتعين فالجهالة فيه تغضي الى المنازعة لان قيم الاشياء

أيضا بالقرض والغصب والاستهلاك حيث يجب التسليم في مكان الغصب والقرض والاستهلاك ويرد أن كون تعيين غير مكان العقد غير مفسد بنقض بما إذا اشترى كرا وشروط على البائع حمله الى منزله فيفسد سواء اشترى في المصر أو خارج أجيب بالفرق بان المشتري يملك العين بمجرد شرائها فإذا اشترى جلا فقد شرط عملا في ملكه مع الشراء ثم يحى الثمن في مقابلة ذلك كله فصار بائعا آجرا ومشتريا مستأجرا معافوه وصفقة في صفقة فيفسد أما عقد السلم فلا يملك المشتري به العين لان المعقود عليه دين لا عين فأيضا يملك العين بالقبض بالنقل من مكان الى آخر فعمل من البائع في ملكه نفسه فلا يكون بائعا وآجرا أو رد أيضا في الفوائد الظهريّة عن مجرده الله ما يدل على عدم تعيينه فانه قال في رجل باع طعاما او الطعام في السوادان كان المشتري يعلم مكانه فلا خيار له وان لم يعلم فله الخيار ولو تعين مكان البيع مكانا للتسليم لم يكن له الخيار ثم قيل انما يجوز البيع اذا كانت خواهي الخطة في بيت واحد فان كانت في مصر وسوادا لبيع فاسد لا فضائه الى المنازعة لان المشتري بطالبه بالتسليم في أقرب الاماكن والبائع يسلم اليه في الابعد وهذا كله دليل أن مكان البيع لا يتعين أجاب بأنه انما يتعين اذا كان المبيع حاضرا والمبيع في السلم حاضرا لانه في ذمه البائع وهو حاضرا في مكان العقد فالبيع حاضرا بحضوره وفي بيع العين اذا كان (ولا يبي حنيقة أن التسليم) في السلم (غير واجب في الحال فلا يتعين) مكان العقد بخلاف القرض والغصب فان التسليم فيهما واجب في الحال فيتعين مكان سبب الوجوب في

المسئلة الثانية وهي بيان مكان الايفاء لاحتياج اليه عندهما ولكن اذا شرطاه صرح وان لم بشرطاه يتعين مكان العقد للتسليم لجود العقد فيه أولا لانه لا يترجمه مكان آخر فيه أي في كونه مكان العقد فان قيل لو تعين مكان العقد لفسد ببيان مكان آخر كفي بيع العين فانه لو اشترى كرخطة وشروط على البائع الحل الى منزله فان البيع يفسد سواء اشتراه في المصر أو خارج المصر اشتراه بجنسه أو بخلاف جنسه والمسئلة في الذخيرة قلنا لما عين مكانا آخر بالنص صار أولى من مكان العقد الذي كدنا عينه بدلالة السبب الموجب للتسليم من غير نص غير أن هذا الشرط يفسد ببيع العين لان المشتري يملك العين بالشراء فإذا شرط عليه جلا زائدا فقد اشترط عليه عملا في ملكه مع ما اشترى العين منه ثم يحى الثمن بازاء ذلك كله فصار ما يقابل الحسل اجارة فيصير صفقة في صفقة فيفسد بالشرط الفاسد ووب السلم لا يملكه عيننا قبل القبض فيكون النقل الى مكان آخر عسلا من البائع في مال نفسه فلا يصير واجرا لغيره فلا يصير هذا الشرط صفقة في صفقة فلا يصير فاسدا وفي الفوائد الظهريّة فان قيل لم قلتم بان في البيع يتعين مكان البيع مكانا للتسليم والدليل على أنه لا يتعين ما روى عن مجرده الله في رجل باع طعاما او الطعام في السوادان كان المشتري يعلم مكان الطعام فلا خيار له وان كان لا يعلم فله الخيار ولو تعين مكان البيع مكانا للتسليم لم كان له الخيار قلنا مكان البيع يتعين مكانا للتسليم اذا كان المبيع حاضرا والمبيع في السلم حاضرا لانه في ذمه المسلم اليه وأنه حاضرا في مكان العقد فيكون المبيع حاضرا بحضوره وفي بيع العين اذا كان المبيع حاضرا في مكان البيع يستحق تسليمه فيه وان كان غائبا يستحق تسليمه في المكان الذي استحق تسليم الثمن وفي السلم يستحق تسليم رأس المال في مكان العقد فليس يستحق تسليم ما يقابله في ذلك المكان أيضا تسوية بينهما بقدر الوسع والامكان (قوله فيصير نظير أول أوقات الامكان في الاوامر) يعني مكان العقد لوجوب التسليم فيه لعدم المزاحم نظير أول وقت الصلاة لنفس الوجوب من حيث انه كالم مزاحم لهذا المكان مكان آخر لم مزاحم لهذا الزمان زمان آخر لعدم صلاحية ما مضى للوجوب وعدم ماسيأتي من الزمان ويحتمل أن يراد مكان العقد فيصير نظير أول أوقات الامكان في الاوامر المطلقة على قول الكرخي رحمه الله (قوله فصار كالقرض والغصب) فان التسليم فيها يجب في مكان تحقق القرض والغصب (قوله لا يبي حنيقة رجحه الله) أن التسليم غير واجب في الحال في السلم وانما استحقاق التسليم عند حلول

أرأيت لو عقد العقد السلم في السفينة في البحر أكان يتعين موضع العقد للتسليم عند حلول الاجل هذا مما لا يقوله عاقل واذا ثبت ان مكان العقد لم يتعين للايفاء بقي مكان الايفاء مجهولا جهالة تغضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف الاماكن ورب السلم بطالبه في موضع يكثر فيه السلم والمسلم اليه يسلمه في خلاف ذلك فصار كجهالة الصفقة في اختلاف القيم باختلافها لا بد من البيان

(قوله قال أرأيت لو عقد العقد السلم الخ) أقول ناظر الى قوله ولا يبي حنيقة يعني قال أبو حنيقة أرأيت الخ

تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان وصار كجهالة الصفة وعن هذا قال من قال من المشايخ رحمهم الله ان الاختلاف فيه عندهم بوجوب التحالف كافي الصفة وقيل على عكسه لان تعيين المكان قضية العقد عندهما وعلى هذا الخلاف الثمن والاحرة والقسمه وصورتهما اذا اقتسمنا دارا وجعلنا مع نصيب أحدهما شيئا له حل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن والصحيح أنه يشترط اذا كان مؤجلا

الحال وكذا اندفع قياسه على رأس مال السلم فانه يجب تسليمه في الحال وتضمن منع ما قال من أن وجود العقد الموجب للتسليم بوجوب تعيين مكانه بل العقد بوجوب التسليم فقط الا ان اقتضى أمر آخر تعيين مكانه (فأذا لم يتعين فالجهالة تغضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف الاماكن فلا بد من البيان) دفعا للمنازعة لان المسلم يطالبه بالتسليم في مكان يسقط عنه فيه مؤنة الحل وترفع قيمته والمسلم اليه على عكسه وبخلاف رأس المال لان تسليمه واجب للحال فافترقا والحقاقه بالامر في تعيين اول الاوقات بالاجماع لكن لا يخفى أن قوله ان تسليم غير واجب للحال فلا يتعين مكان العقد مما ردعاه المنع اذ لا ملازمة تظهر وما المانع من تعيينه مع تأخر التسليم حتى اذا حل الاجل وجب تسليمه في ذلك المكان فلاولى أن يقتصر على منع تعيين العقد المكان والحقاقه بالاستئصال والقرض ظهر الفارق بينهما وبين السلم والثمن في ان تعيين محل النزاع لان بأحبيفة في الصحيح عنه يرى أنه لا يتعين أيضا اذا كان مؤجلا وأنه يجب تعيينه ايضا كما سبذ كره المصنف ورأس مال السلم يمنع فيه حكم الاصل فالانعين مكان العقد لتسليم رأس مال السلم بل أن يقتضيه قبل الافتراق لنفي الكالئ بالسكالئ فلو عقدا السلم ومشيافر سخافم سلمه اليه قبل أن يفارقه جاز وقولهم الموجب للتسليم وجديفة قلنا نعم ولا يستلزم الموجب في مكان أن بوجوب مقتضاه في ذلك المكان فانه لا ملازمة عقلية في ذلك لانه يجوز أن يوجد في مكان وأثره الايجاب مطلقا فلا تثبت هذه الملازمة الاسمعا (قوله وعن هذا) أى وعن كون المكان بوجوب اختلاف القيمة قال من قال من المشايخ ان الاختلاف فيه بوجوب التحالف عندهم كالأختلاف في صفة الثمن أو الثمن فان اختلف الصفة بوجوب اختلاف القيمة فهو كذا اذا اختلف في جود ته وردها ته وقيل على عكسه أى لا بوجوب التحالف عندهم بل القول قول المسلم اليه لان تعيين المكان ليس قضية العقد عنده وعندهما يتحالفان لان تعيين المكان لما ثبت بمجرد وجود العقد فيه كان من مقتضيات العقد والاختلاف فيها بوجوب التحالف فالاختلاف فيه بوجوب التحالف بالاجماع فكذا هنا قال (وعلى هذا الاختلاف الثمن) في البيع الناجز اذا كان له مؤنة حل وهو مؤجل في بيع العين (والاحرة) بان استأجر دارا مثلا بماله حل ومؤنة وهو مؤجل عنده يشترط بيان مكان تسليمها وعندهما لا (والقسمه) فيما اذا اقتسمنا دارا وجعلنا مع نصيب أحدهما شيئا له حل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن (والصحيح أنه يشترط) عنده (اذا كان مؤجلا

الاجل وعند ذلك لا يدري أنه في أى مكان يكون ثم قال رأيت لو عقد العقد السلم في السفينة في لجنة البحر كان يتعين موضع العقد للتسليم عند حلول الاجل وهذا مما لا يقوله عاقل (قوله وصار كجهالة الوصف) يعنى باختلاف الصفة يختلف القيم فكذلك باختلاف الامكنة يختلف القيم فصار كجهالة المكان التسليم كجهالة الصفة (قوله وعن هذا) أى وعن اختلاف القيم باختلاف المكان كافي الصفة أى الاختلاف في صفة الثمن أو الثمن بوجوب التحالف وفى كتاب الدعوى الاختلاف في وصف الثمن وجنسه بمنزلة الاختلاف في القدر فى حق بيان التحالف وقيل على عكسه أى لا بوجوب التحالف عندهم وعندهما بوجوب لان تعيين المكان عندهما لما ثبت بمجرد وجود العقد فيه كان من جملة قضية العقد والاختلاف فيهما بوجوب التحالف بالاجماع فيجب أن يكون ههنا كذلك وعند أبي حنيفة رحمه الله تعيين المكان لمسلم يكن من مقتضيات العقد صار بمنزلة الاجل والاختلاف فيه لا بوجوب التحالف فكذا ههنا وعلى هذا الخلاف الثمن المؤجل بان باع عبدا بغير موصوف في الذمة الى أجل يشترط بيان مكان الايقاع لغير عنده في الصحيح وعندهما يتعين مكان العقد والاحرة بان استأجر دارا أو دابة بماله حل ومؤنة دينافى الذمة عنده يشترط بيان مكان الايقاع وعندهما يتعين

(وعن هذا) أى عما ذكرنا
ان جهالة المكان كجهالة الوصف (قال من قال من المشايخ ان الاختلاف في المكان بوجوب التحالف) عنده كالاختلاف في الجودة والرداءة في أحد البدلين (وقيل على عكسه) أى لا بوجوب التحالف عنده بل القول للمسلم اليه وعندهما بوجوب بيان تعيين المكان قضية العقد أى مقتضاه عندهما فكان الاختلاف في المكان كالاختلاف في نفس العقد وعندهما لم يكن من مقتضياته صار بمنزلة الاجل والاختلاف فيه لا بوجوب التحالف وعلى هذا الخلاف الثمن والاحرة والقسمه وصورة الثمن اشترى شيئا بمكيل أو موزون موصوف في الذمة يشترط بيان مكان الايقاع عنده وعندهما لا يشترط ويتعين مكان العقد وقيل أنه لا يشترط بالاتفاق والاول

أصح (وهو اختيار شمس الأئمة) لأن الثمن مثل الاجرة وهي منصوص عليها في كتاب الاجارات وصورة الاجرة استأجر داراً أو دابة بمكيل أو موزون موصوف في الذمة بشرط بيان مكان الايقاع عنده خلافاً لما يرى في اجارة الدار مكانها وفي الدابة تسليم في مكان تسليمها وصورة القسمة اقسم داراً أو أخذاً أحدهما أكثر من نصيبه والترقي في مقابلة الزائد مكيلاً أو موزوناً موصوفاً في الذمة بشرط عنده بيان مكان الايقاع خلافاً لما يرى في مكان القسمة (٢٢٦) قال (ومالم يكن له حل وموئنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايقاع الخ) قد تقدم

وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله وعندهما يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابة للايقاع قال (ومالم يكن له حل وموئنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايقاع بالاجماع) لأنه لا يختلف قيمته (وبوفيه في المكان الذي أسلم فيه) قال رضي الله عنه وهذه رواية الجامع الصغير والبيوع وذكري في الاجارات أنه يوفيه في أي مكان شاء وهو الأصح لأن الاماكن كلها سواء ولا وجوب في الحال ولو عيننا مكاناً قبلي لا يتعين لأنه لا يقيد وقيل يتعين لأنه يقيد سقوط خطر الطريق ولو عين المصير فيما له حل وموئنة يكتفي به لأنه مع تباين أطرافه كبقعة واحدة وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي وعندهما يتعين مكان الدار في القسمة (ومكان تسليم الدابة) في الاجارة (للايقاع) (قوله) ومالم يكن له حل وموئنة كالمسك والكافور والزعفران وصغار اللؤلؤ يعني القليل منه والافقد يسلم في مكان من الزعفران كثيرة تبلغ اجمالاً وكذا المسك وصغار اللؤلؤ لا يشترط فيه بيان مكان الايقاع عندهم وهو الأصح من قول الشافعي (وبوفيه في المكان الذي أسلم فيه) وكل ما قلنا يتعين مكان العقد معناه إذا كان مما يتأق التسلیم فيه ومالابان أسلم اليه درهم في مركب في البحر أو جبل فانه يجب في أقرب الاماكن التي يمكن فيها منه قال المصنف (وهذا رواية الجامع الصغير والبيوع) يعني من أصل المبسوط وذكري في الاجارات من أصل المبسوط (وبوفيه في أي مكان شاء وهو الأصح) والأصح من قول الشافعي أيضاً (لأن الاماكن كلها سواء) اذا الملية لا تختلف باختلاف الاماكن فيها لا حل ولا موئنة بل بعزة الوجود وقلته وكثرة رغبات الناس وقلتها بخلاف ماله موئنة فان الخططة والحطب يوجد في مصر والسودان يشترى في مصر باكثر مما يشترى في السودان (ولو عيننا مكاناً قبلي لا يتعين لأنه لا يقيد) والشرط الذي لا يفيد لا يجوز (وقيل يتعين لأنه لا يقيد سقوط خطر الطريق) وهو الأصح وبه قال الشافعي وأجرح كره في التحفة (ثم لو عيننا المصير فيما له حل وموئنة يكتفي به لأنه مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا) يعني أن القيمة لا تختلف باختلاف المصير الواحد عادة قبل هذا اذا لم يكن المصير عظيمًا فلو كان بين جوانبه نحو فرسخ لا يجوز إلا أن يبين لأنه مغض إلى المنازعة ذكره في المحيط ولو شرط أن يوفيه في مكان يحمله إلى منزله لا خير فيه ولو شرط الجلب إلى منزله ابتداء قبل يجوز استحساناً وروى البلخي عن أصحابنا أنه لا يجوز السلم وقيل إنما لا يجوز قياساً اذا شرط الايقاع في موضع ثم الجلب إلى منزله أو ما لو شرط الايقاع في منزله فيجوز قياساً واستحساناً وفي بيع العين لو شرط على البائع في المصير أن يوفيه إلى منزله والعقد في مصر جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحساناً وعند محمد لا يجوز هذا اذا لم يكن بين جوانب المصير مسافة بعيدة فان كان لا يجوز البيع ولو اشترى ما مائة عام من جنسه وشرط أحدهما التوفية إلى منزله لم يجز بالاجماع كيفما كان ولو شرط أن يوفيه في مكان موضع الدار لا يفي بموضع تسليم الدابة لا موضع العقد والقسمة بان اقتسما داراً أو شرط أحدهما على صاحبه شيئاً لماله حل وموئنة لزيادة غرس أو بناء في نصيبه فعنده بشرط بيان مكان الايقاع لجهة القسمة في الصحيح وعندهما يتعين مكان القسمة للايقاع ومالم يكن له حل وموئنة كالمسك والكافور ولا يحتاج فيه الى بيان مكان الايقاع بالاجماع وقيل ماله حل وموئنة هو ما يكون بحال لو أمر انساناً بحمله إلى مجلس القضاء لا يحمله مجاناً وقيل هو ما لا يمكن رفعه بيد واحدة وقيل ما يحتاج في نقله إلى المؤنة كالخططة والشعير وما لا يحتاج فيه اليها فهو مما لا مؤنة له كالمسك والكافور

بيان ماله حل وموئنة فيعلم من ذلك مالم يكن له حل وموئنة وقيل مالم يكن له حل وموئنة هو الذي لو أمر انساناً بحمله إلى مجلس القضاء لجه مجاناً وقيل هو ما يمكن رفعه بيد واحدة وانفة واعلى أن بيان مكان الايقاع فيه ليس بشرط لجهة السلم لعدم اختلاف القيمة ولكن هل يتعين مكان العقد للايقاع فيه روايتان في (رواية الجامع الصغير وبيوع الاصل) يتعين لأنه موضع الالتزام فيرجع على غيره وذكري في الاجارات (وبوفيه في أي مكان شاء وهو الأصح) لأن الاماكن كلها سواء اذا الملية لا تختلف باختلاف الاماكن فيه (قوله ولا وجوب في الحال) جواب عما يقال يجوز أن يتعين مؤن العقد ضرورة وجوب التسليم فقال التسليم في الحال ليس بواجب لمتعين باعتباره فلو عين مكاناً قبلي لا يتعين لأنه لا يقيد حيث لا يلزم بنقله مؤنة ولا يختلف ماله باختلاف الاماكن وقيل يتعين وهو الأصح لأنه يقيد بسلام سقوط خطر الطريق ولو عين المصير فيما له حل وموئنة

يكتفي به لأن المصير مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا من أنه لا يختلف قيمته باختلاف الجهة وقيل فيما ذكرنا من المسائل وهي السلم والثلث والاجر والقسمة وقيل هذا اذا لم يكن المصير عظيمًا فلو كان بين جوانبه قال المصنف (لا يختلف قيمته) وبوفيه في المكان الذي أسلم فيه) أقول هذا لا يلائم لما ذكره أبو حنيفة في تعليل المسئلة الثانية فتأمل (قوله) وقيل في ذكرنا من المسائل وهي السلم والثلث والاجر والقسمة) أقول لا يخفى عليك

مثل فرسخ ولم يبين ناحية منه لم يجز لان فيه جهالة مفضية الى المنازعة قال (ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال) معناه أن السلم لا يبق صحيحا بعد وقوعه على الصحة اذا لم يقبض رأس المال في مكان العقد قبل أن يفارق كل واحد من المتعاقدين صاحبه بدلا مكاله حتى لو مشيا فرسخا قبل القبض لم يفسد ما لم يتفرقا عن غير قبض فاذا فترقا كذلك فسد اذا كان رأس المال من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الكائي بالكائي أي النسبة بالنسبة وان كان عينا فلان السلم أخذ عاجل بأجل اذا لاسلام والسلاف ينشأ عن التجيل ولا يملك السلم فيه أجل فوجب أن يكون رأس المال عاجلا ليكون الحكم ثابتا على ما يقتضيه (٢٢٧) الاسم لغة كالصرف والسكفة والحوالة

فإنها عتود ثبتت أحكامها بمقتضيات أسمىهاها الغبة وهذا وجه الاستحسان والقياس جواز له لان العروض تتعين في العقود فتزول شرط التجيل لم يزد الى بيع الدين بالدين بخلاف الدراهم ولانه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب أي ليتصرف المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم (ولهذا) أي ولا شترط القبض (فلنا) لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما أو لاحدهما لان خيار الشرط يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وهو ثبوت الملك والقبض مبني عليه وما كان مانعا من المبني عليه فهو مانع عن المبني وكذا لا يثبت في السلم خيار الرؤية لكونه غير مفيد لان فائدته الغشخ عند الرؤية والواجب بعقد السلم الدين وما أخذ من عين فلوردا المأخوذ عاد الى ماني ذمته فيثبت الخيار فيما أخذه ثانيا وثالثا الى مالا ينهض فاذا لم يفسد فائدته لا يجوز رائيته وفي بيع

فإنما ذكرنا قال (ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه فيه) أما اذا كان من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الكائي بالكائي وان كان عينا فلان السلم أخذ عاجل بأجل اذا لاسلام والسلاف ينشأ عن التجيل فلا بد من قبض أحد العوضين ليتحقق معنى الاسم ولانه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما أو لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم

كذا في غيره ودفع الكراء الى الموضع المشروط صافيا بلا يجوز وأخذ الكراء وان شاء رده اليه ليس له في المكان المشروط لانه حقه (قوله ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه) بدنا تحقيقه أن قبض رأس الما قبل الافتراق شرط بقاء العقد على الصحة (أما اذا كان) رأس المال (من النقود فلانه) ولم يقبض (افتراق عن دين بدين) لانما لا تتعين فلا يقع العقد الا على دين في الذمة فيقع بدفع العين المقاصدة عنه (وقد نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم) عن الكائي بالكائي أي النسبة بالنسبة الآن مال كآجره الله يجيز التأخير ويقول اذا لم بشرط التجيل لا يخرج به الى الدين عرفا ويقولنا قال الشافعي وأحمد (وان كان عينا) ففي القياس لا يشترط تجيله لان عدم تسليمه لا يؤدي الى بيع دين بدين بل يبيع عين بدين وفي الاستحسان يشترط اعتبار مقتضى الاسم الشرعي لان الاسلام والسلاف في كذا ينشأ عن تجيل المسلم دون الآخر لان وضعها في الاصل لا أخذ عاجل بأجل والشرع قرره كذلك فيجب أن يثبت على اعتبار المعنى الذي اعتبر فيها لو فرضنا فرضا أنها صارت اعلاما فاصل الوضع كاف باعتبار ما اعتبر في معناها من الاحكام فلزم التجيل (ولانه لا بد من تسليمه ليتقلب فيه المسلم) اليه اذا الفرض افلاس واحتاجته الى العدة فلا فاسه فيقلب فيه فيقدر على تحصيل السلم فيه لا جمل (و) لهذا أي لا شترط التسليم فلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما أو لاحدهما (لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم) الذي هو الملك وهذا على قول أبي

(قوله وان كان عينا) كالثوب والحيوان فلان السلم أخذ عاجل بأجل فيشترط كون أحد البدلين فيه مجسدا كما يشترط أن يكون الآخر مؤجلا لكون حكمه ثابتا على ما يقتضيه الاسم لغة كالصرف والحوالة والسكفة فان هذه العقود يثبت أحكامها بمقتضيات أساميها لغة فكان ينبغي أن يشترط افتراق القبض بالعقد فانه أتم ما يكون من التجيل ولكن الشرع جعل ساعات المجلس كحال العقد تبسيرا كما في عقد الصرف وقال مالك رحمه الله يجزى عقد السلم وان لم يقبض رأس المال يوما أو يومين بعد أن لا يكون مؤجلا لانه يعد عاجلا عرفا (قوله ولهذا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط) ايضاح لاشترط القبض المستفاد من قوله ولانه لا بد من تسليم رأس المال لان الخيار يمنع تمام القبض لانه انما يتم اذا كان بناء على الملك وخيار الشرط يمنع الملك لانه يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فيمنع تمام العقد والافتراق قبل تمامه مبطل للعقد وهذا بخلاف الاستحقاق فان رأس المال اذا وجد - حقق لم يمنع الاستحقاق تمام القبض حتى لو افترقا بعد القبض ثم أجاز المالك مع العقد وان كان الاستحقاق يمنع المالك لان امتناع المالك ليس بقضية السبب فان

العين يفيد فائدته لان العقد يفسخ عند الرؤية اذ اداد المبيع لانه رد عين ما تناوله العقد فيفسخ قبل فيه اشكالان بعد هذا القول (قوله فاذا افترقا كذلك) أقول يعني اذا افترقا من غير قبض (قوله وهذا وجه الاستحسان) قول أشار بقوله هذا الى قوله فلان السلم أخذ عاجل بأجل (قوله والقياس جواز له الخ) أقول اذا كان رأس المال عينا قال المصنف (ولانه لا بد من تسليم رأس المال) أقول في دلالة هذا على وجوب القبض قبل المغاورة كلام كالا يخفى ثم اعلم ان قوله ولانه لا بد الخ في قول الشارح معطوف على قوله فلان السلم أخذ عاجل باجل (قوله لان خيار الشرط يمنع الى قوله والقبض مبني عليه الخ) أقول فيه انه حينئذ يكون مانعا عن القبض نفسه لان تمامه

أحدهما أن الضمير في قوله فيه إما أن يراد به رأس المال أو المسلم فيه لا سبيل إلى الأول لأن خيار الرؤية ثابت في رأس المال صرح به في التهمة وقال لا يفسد به السلم وإلى الثاني لا تتفاء التقرىب لانه في بيان اشتراط قبض رأس المال قبل الافتراق وثبوت الخيار في المسلم فيه وعدمه لا مدخل له في ذلك فكان أجيباً والثاني أن المبيع في الاستصناع دين ومع ذلك المستصنع خيار الرؤية والجواب عن الأول انه يعود للمسلم فيه وذكره استطراداً ويجوز أن يعود (٢٢٨) إلى رأس المال وهو أن كان ديناً في الذمة يتسلسل ولا يعيدوان كان عينا وجب أن

لا يطيد لأفضائه إلى التهمة وعن الثاني أن السلم انما يفسد بالمعقود عليه في الاستصناع دين بل هو عين على ما سيجيء في الاستصناع بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض لان تمامه بنتمام الصفقة وتتمامها بنتمام الرضا وهو موجود وقت العقد (ولو أسقط) وبالسلم (خيار الشرط قبل الافتراق) فلا يخالو ما أن يكون رأس المال قائماً أولاً فان كان الثاني لم يصح العقد بالاسقاط لان ابتداءه برأس مال هو دين لا يجوز فكذا تمامه باسقاط الخيار وفيه نظر فان البقاء أسهل من الابتداء والجواب أنه اتفقي فالتشكيك فيه غير مسموع وان كان الأول جائزاً خلافاً لزمرف وقد مر نظيره وهو ما اذا باع إلى أجل مجهول ثم أسقط الأجل قبل الحلول فإنه ينقلب جائزاً عندنا خلافاً لزمرف قال (وجله الشرط وجع المشايخ جله شروط السلم في اعلام رأس المال وهو مشتمل على بيان جنسه ونوعه وقدره وصفته وفي تجليه والمراد به التسليم قبل الافتراق كما تقدم وفي اعلام المسلم فيه وهو يشتمل على بيان الجنس والنوع والصفة والقدر وفي تجليه يعني إلى أجل معلوم وقد تقدم بيان مقداره وفي بيان مكان الإبقاء كما مر وفي القدر على تحصيله وهو أن لا ينقطع كباينا (قوله أحدهما ان الضمير في قوله فيه) أقول حيث قال وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية (قوله ويجوز أن يعود إلى قوله التهمة) أقول فيه

وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه غير مفسد بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال قائم جازاً خلافاً لزمرف وقد مر نظيره (وجله الشرط وجع هوها في قواهم اعلام رأس المال وتجليه واعلام المسلم فيه وتأجيله وبيان مكان الإبقاء والقدر على تحصيله

خفيفة طاهر فانه وان خرج البديل عن مالك لم يكن له خيار لم يدخل في ملك الآخر وعلى قوله ما هو ملك مترز لانه بعرضية أن يفسخ من له الخيار فلا يتم القبض لان تمامه معني على تمام الملك في المقبوض وهذا بخلاف الاستحقاق فان رأس المال اذا ظهر مستحقاً لم يمنع استحقاقه من تمام قبضه بل جازاً اجازه المالك حتى لو أجاز قبضه صح العقد وان كان الاستحقاق يمنع الملك لان منعه المالك ليس بقضية السبب بل السبب وجده مطاعاً لا يمنع فيه سوى تعلق حق الغيب وجاز أن يجيز ذلك الغير فاذا أجاز التهمة اجازه بحالة العقد بخلاف خيار الشرط فان عدم الملك قضية السبب نفسه ويجعله في حق الحكم كالتعلق بشرط سقوط الخيار وكان تأثيره أكثر من تأثير عدم القبض فكان أولى بالابطال من عدم القبض وهذا لان المعاق بالشرط معسوم قبله فلا حكم أصلاً وهو الملك فلا قبض ولذا قلنا ان اعتاق المشتري لا يصح ولا يتوقف اذا كان في البيع خياراً للبايع واعتاق المشتري من الفضولي يتوقف (وكذا لا يثبت فيه) أي في السلم (خيار رؤية) بالاجماع (لانه غير مفيد) اذا تده خيار الرؤية ترد المبيع والمسلم فيه دين في الذمة فاذا رد المقبوض عاددين كما كان لانه لم يرد عيناً متانوله العقد فلا ينفسخ العقد برده بل يعود حقه في مثله ولان اعلام الدين ليس الا بذكر الصفة فقام ذكر الصفة مقام العين فلا يتصور خيار رؤيته ذكره في السك في ولا يشتمل بالاستصناع فانه دين في ذمة الصانع ويجري فيه خيار الرؤية يعني اذا رد ما ياتي به يفسخ لان السلم أن البيع فيه الدين في ذمة الصانع بل العين كباينا وأما خيار الرؤية في رأس المال فصح لانه لا يمنع ثبوت الملك ذكره في التهمة وهذا اذا كان عيناً مثلاً أو قيمياً (بخلاف خيار العيب) في المسلم فيه فانه يصح (لانه لا يمنع تمام القبض) لان تمامه بنتمام الصفقة وتتمامها بنتمام الرضا وهو تمام وقت العقد (قوله ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس مال السلم قائم جازاً) السلم (خلافاً لزمرف) وانما قيد بقيام رأس المال لان حاله أسقطاه بعد انفاقه واستهلاكه لا يعود صحته انفاقاً لانه بالاهلاك صار ديناً في ذمة المسلم اليه فلو صح كان رأس مال هو دين وذلك لا يجوز ولا يجوز في ابتداء العقد ولانه لا ان في معنى الابتداء اذ قبل الاسقاط لم يكن للعقد وجود شرعاً وقول الشافعي ومالك كقول لزمرف (وقدم نظيره) في باب البيع القاسد وهو ما اذا باع إلى أجل مجهول ثم أسقط الأجل قبل حلوله ينقلب جائزاً عندنا خلافاً لهم قال المصنف رحمه الله (وجله الشرط وجع هوها إلى آخره) فاعلام رأس المال يشتمل على بيان جنسه وصفته ونوعه

السبب وجده طلقاً لا مانع فيه وانما يمنع الملك لتعلق حق ثالث فاذا أجاز المالك تخلف اجازه بحالة العقد وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه لا يفيد اذا فاده الرد والمسلم فيه دين في الذمة فاذا رد المقبوض عاددين كما كان بخلاف الاستصناع لانه مبيع عين فبرده يفسخ العقد فكان مفيداً ولان اعلام الدين بذكر الصفة اذ لا يتصور فيه المعاينة فقال ذكر الوصف على الاستقصاء في السلم فيه مقام الرؤية (قوله وقد مر نظيره) وهو ما اذا باع إلى أجل مجهول ثم أسقط الأجل (قوله اعلام رأس المال) أي قدر رأس المال في المكمل والموزون والمعدود واعلام المسلم فيه قدره او جنسه او صفته والقدر على تحصيله بان كان موجوداً من حين العقد إلى حين

فان المقدم وفي اعلام المسلم فيه وهو يشتمل على بيان الجنس والنوع والصفة والقدر وفي تجليه يعني إلى أجل معلوم وقد تقدم بيان مقداره وفي بيان مكان الإبقاء كما مر وفي القدر على تحصيله وهو أن لا ينقطع كباينا (قوله أحدهما ان الضمير في قوله فيه) أقول حيث قال وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية (قوله ويجوز أن يعود إلى قوله التهمة) أقول فيه

(فان أسلم مائتي درهم في كرحنطة مائة منها دين على المسلم اليه ومائة نقد فاسلم في حصة الدين باطل لغوات القبض ويجوز في حصة النقد) لا اجتماع شرائط ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ اذا اسلم وقع صحها ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح الا أنه يبطل بالافتراق لا يبيعا وهذا لان الدين لا يتعين في البيع ألا نرى انهما لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا أن لادين لا يبطل البيع فينقذ صحها

وقدره وتجعله تتم خمسة ومن صفته أن يذكر من النقد الفلاني اذا كان في البلد نقد مختلف المالبية متساوية في الرواج كقوانا عدلية أو غطرية فان لم تختلف وتساوت رواج يعطيه من أيها شاء ولو تفرقت رواج انصرف الى غالب نقد البلد كفي البيع وينبغي في دارنا اذا سمى مؤيدية يعطيه الاشرقية والحقمة لتعارف تسمية الكل مؤيدية والاستواء في المالبية والراج واعلام المسلم فيسهل يشتمل على مثله لا خلا التجمل وتاجله وبيان مكان الايقاع يتم أحد عشر وأما القدرة على تحصيله فالظاهر أن المراد منه عدم الانقطاع فان القدرة بالفعل في الحال ليس هو شرطاً عندنا ومعلوم أنه لو اتفق بحزه عند الحلول وافلاسه لا يبطل السلم وقد بقي ما قدمنا من كون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين فلا يجوز في النقود وان لا يكون حيواناً وان تقدر رأس المال اذا كان نقداً عند أبي حنيفة خلافاً لهما وان لا يشتمل الدين احدي عاتى الى باوعدم الخيار فظهر أن قوله وجملة الشرط لم تتم ثم فرغ على اشتراط القبض في السلم أنه لو أسلم مائتين في كرحنطة (منها مائة دين على المسلم اليه ونقد مائة أن السلم في حصة الدين باطل لغوات قبضه ولا يشيع الفساد) في الكل خلافاً لفرجه الله وجه قوله أنه فساد قوي لتمكنه في صلب العقد وأيضاً فقد جعل قبول العقد في صحة القبض في صحة النقد فهذا شرط فاسد ولنا أن الفساد طارئ ولا يشيع في غير محل الفساد أما ان أضاف العقد الى مائتين مطلقاً بان قال أسلمت اليك مائتين في كذا ثم جعل احدهما الدين فظاهر وأما ان أضاف الى الدين والعين جميعاً مان قال أسلمت مائة الدين وهذه المائة في كذا فكذلك وان قيل يفسد في الكل عند أبي حنيفة لما ذكرنا من اشتراط القبول في حصة الدين والصحيح أن الجواب فيه ما عدم الفساد عنده لان العقد لا يتقيد بالدين ولو قيد به بدليل من اشترى عبداً بدين ثم تصادقا أن لادين لا يبطل الا اذا كانا يعلمان عدم الدين فيفسد لأمر آخر وهو أنهما حينئذ هازلان بالبيع حيث عقداً يباعان لان بخلاف ما لو كانت المائة على ثالث فانه يشيع الفساد ولذا قيد المصنف

المحل (قوله مائة منها دين على المسلم اليه) انما قيد بقوله على المسلم اليه لانه لو قال أسلمت اليك هذه المائة والمائة التي على فلان يبطل العقد في الكل وان نقد مائة لان اشتراط تسليم الثمن على غير العاقد مفسد للعقد وهذا فساد مقارن للنقد فوجب فساد الكل (قوله ولا يشيع الفساد) وهذا الاشكال على قوله ما لان الفساد اذا تمسك في بعض المبيع لا يشيع في الكل عندهما أما عند أبي حنيفة رحمه الله فشكل لانه اذا ورد العقد على شيئين وفسد في أحدهما يفسد في الآخر أيضاً عنده لانه يصير قبول الفاسد شرطاً لصحة العقد فيفسد في الكل ضرورة إلا أن هذا في الفساد المقارن الذي تمكن في صلب العقد لا في الفساد الطارئ وهذا فساد طارئ لان قبض رأس المال في مجلس شرط لبقاء العقد على الصحة أما العقد في ذاته فمستدق صحها فلهذا المعنى اختلفا وقيل هذا اذا أسلم مائتين مطاعاً تقاسم المائة بمائة عليه فاما اذا قال أسلمت المائة الدين وهذه المائة النقد بطل العقد فيهما عند أبي حنيفة رحمه الله لان حصة الدين يبطل العقد فيها وقد جعل حصته شرطاً في الباقي فيبطل الجميع والصحيح أن الجواب فيهما واحد لان العقد لا يتقيد بالدين وان قيد به واذا لم يتقيد كانت الاضافة الى الدين والاطلاق سواء فان قيل ما ذكرتم من مقتضى عاقل ثلاث أحدها أن الرجل اذا قال ان بعث هذا العبد بمائة الكبر وبمائة الدراهم فهدى في المساكين صدقة فباعه بمائة يحنث ويلزمه التصديق بالكبر والدراهم وهذا آية تعين النقود في العقود والثانية أن الرجل اذا باع ديناراً بعشرة ففسد الدينار ولم يقبض العشرة حتى اشترى بالعشرة ثوباً بالبيع فاسد والثالثة اذا باع عينا بدين وهما يعلمان أن لادين فالبيع فاسد ولو كان الاطلاق والتقييد سواء لحاز العقدان ولما حث في المسئلة الاولى قلنا أما الاولى

فان أسلم مائتي درهم في كرحنطة مائة منها دين على المسلم اليه ومائة نقد فاسلم في حصة الدين باطل لغوات القبض ويجوز في حصة النقد) لا اجتماع شرائط ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ اذا اسلم وقع صحها ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح الا أنه يبطل بالافتراق لا يبيعا وهذا لان الدين لا يتعين في البيع ألا نرى انهما لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا أن لادين لا يبطل البيع فينقذ صحها

وقدره وتجعله تتم خمسة ومن صفته أن يذكر من النقد الفلاني اذا كان في البلد نقد مختلف المالبية متساوية في الرواج كقوانا عدلية أو غطرية فان لم تختلف وتساوت رواج يعطيه من أيها شاء ولو تفرقت رواج انصرف الى غالب نقد البلد كفي البيع وينبغي في دارنا اذا سمى مؤيدية يعطيه الاشرقية والحقمة لتعارف تسمية الكل مؤيدية والاستواء في المالبية والراج واعلام المسلم فيسهل يشتمل على مثله لا خلا التجمل وتاجله وبيان مكان الايقاع يتم أحد عشر وأما القدرة على تحصيله فالظاهر أن المراد منه عدم الانقطاع فان القدرة بالفعل في الحال ليس هو شرطاً عندنا ومعلوم أنه لو اتفق بحزه عند الحلول وافلاسه لا يبطل السلم وقد بقي ما قدمنا من كون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين فلا يجوز في النقود وان لا يكون حيواناً وان تقدر رأس المال اذا كان نقداً عند أبي حنيفة خلافاً لهما وان لا يشتمل الدين احدي عاتى الى باوعدم الخيار فظهر أن قوله وجملة الشرط لم تتم ثم فرغ على اشتراط القبض في السلم أنه لو أسلم مائتين في كرحنطة (منها مائة دين على المسلم اليه ونقد مائة أن السلم في حصة الدين باطل لغوات قبضه ولا يشيع الفساد) في الكل خلافاً لفرجه الله وجه قوله أنه فساد قوي لتمكنه في صلب العقد وأيضاً فقد جعل قبول العقد في صحة القبض في صحة النقد فهذا شرط فاسد ولنا أن الفساد طارئ ولا يشيع في غير محل الفساد أما ان أضاف العقد الى مائتين مطلقاً بان قال أسلمت اليك مائتين في كذا ثم جعل احدهما الدين فظاهر وأما ان أضاف الى الدين والعين جميعاً مان قال أسلمت مائة الدين وهذه المائة في كذا فكذلك وان قيل يفسد في الكل عند أبي حنيفة لما ذكرنا من اشتراط القبول في حصة الدين والصحيح أن الجواب فيه ما عدم الفساد عنده لان العقد لا يتقيد بالدين ولو قيد به بدليل من اشترى عبداً بدين ثم تصادقا أن لادين لا يبطل الا اذا كانا يعلمان عدم الدين فيفسد لأمر آخر وهو أنهما حينئذ هازلان بالبيع حيث عقداً يباعان لان بخلاف ما لو كانت المائة على ثالث فانه يشيع الفساد ولذا قيد المصنف

المحل (قوله مائة منها دين على المسلم اليه) انما قيد بقوله على المسلم اليه لانه لو قال أسلمت اليك هذه المائة والمائة التي على فلان يبطل العقد في الكل وان نقد مائة لان اشتراط تسليم الثمن على غير العاقد مفسد للعقد وهذا فساد مقارن للنقد فوجب فساد الكل (قوله ولا يشيع الفساد) وهذا الاشكال على قوله ما لان الفساد اذا تمسك في بعض المبيع لا يشيع في الكل عندهما أما عند أبي حنيفة رحمه الله فشكل لانه اذا ورد العقد على شيئين وفسد في أحدهما يفسد في الآخر أيضاً عنده لانه يصير قبول الفاسد شرطاً لصحة العقد فيفسد في الكل ضرورة إلا أن هذا في الفساد المقارن الذي تمكن في صلب العقد لا في الفساد الطارئ وهذا فساد طارئ لان قبض رأس المال في مجلس شرط لبقاء العقد على الصحة أما العقد في ذاته فمستدق صحها فلهذا المعنى اختلفا وقيل هذا اذا أسلم مائتين مطاعاً تقاسم المائة بمائة عليه فاما اذا قال أسلمت المائة الدين وهذه المائة النقد بطل العقد فيهما عند أبي حنيفة رحمه الله لان حصة الدين يبطل العقد فيها وقد جعل حصته شرطاً في الباقي فيبطل الجميع والصحيح أن الجواب فيهما واحد لان العقد لا يتقيد بالدين وان قيد به واذا لم يتقيد كانت الاضافة الى الدين والاطلاق سواء فان قيل ما ذكرتم من مقتضى عاقل ثلاث أحدها أن الرجل اذا قال ان بعث هذا العبد بمائة الكبر وبمائة الدراهم فهدى في المساكين صدقة فباعه بمائة يحنث ويلزمه التصديق بالكبر والدراهم وهذا آية تعين النقود في العقود والثانية أن الرجل اذا باع ديناراً بعشرة ففسد الدينار ولم يقبض العشرة حتى اشترى بالعشرة ثوباً بالبيع فاسد والثالثة اذا باع عينا بدين وهما يعلمان أن لادين فالبيع فاسد ولو كان الاطلاق والتقييد سواء لحاز العقدان ولما حث في المسئلة الاولى قلنا أما الاولى

قال (ولا يجوز التصرف في رأس المال المسلم فيه الخ) لا يجوز التصرف في رأس المال قبل القبض لانه شرط صحة السلم (٢٣٠)

قال (ولا يجوز التصرف في رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض) أما الاول فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد وأما الثاني فلان المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز (ولا تجوز الشركة والتولية في السلم فيه) لانه تصرف فيه (فان تقايلا السلم لم يكن له أن يشتري من المسلم اليه برأس المال شيئا حتى يقبضه كله)

كون المائة ديناً على المسلم اليه لان المائة على الاجنبي ليست مالا في حقهما وحين لم يتقيد بالدين لم يتحقق الفساد بمجرد ذلك بل بالافتراق بالقبض تلك المائة ولهذا لو نقد المائة قبل الافتراق صح السلم وحينئذ لم يلزم قوله جعل القبول في الفساد بشرط الى آخره اذ لم يلزم الفساد بالاضافة لعضا الى الدين وكان الفساد طارئاً بلا شبهة * وقال في المنظومة

ان كان رأس المال نوعين نقد * هذا ودين ذلك فالسكك فسد

ان لم يبين قسطاً وقسطاً * والبر في الشعيير والزيت كذا

فاستشكلت على مسألة الكتاب فقبل انما قيد بالدين لان ما اذا كان من جنس واحد لا يتعدى الفساد كما ذكر في الهداية واستشكله صاحب الحواشي على قول أبي حنيفة لان حنيفة اذا ورد العقد على شيئين وفسد في أحدهما يفسد في الآخر لانه يصير قبول الفساد شرطاً الى آخره قال الآن هذا في الفساد المقارن الذي يمكن في صلب العقد لا في الطارئ وهذا طارئ لان قبض رأس المال شرط لبقاء العقد على الصحة أما العقد في نفسه فصحيح واستشكله الشيخ حافظ الدين في المصنف بان هذا يقتضي أن لا يفسد في النقد اذا كان رأس المال نوعين أيضاً قال يحتمل أن الفساد باعتبار أن معرف رأس المال شرط عنده ولم يبين حصصه كل منهما من السلم فيه فهى المسئلة التي قدمها المصنف تفرعاً على اشتراط معرفة مقدار رأس المال اذا كان مما يتعلق بالعقد على قدره فاذا قوبل بشيئين كان الانقسام بطريق القيمة وذلك يعرف بالحزر والظن وهو مجهول انتهى وهو جيد ما فرعه المصنف على اشتراط معرفة مقدار رأس المال الآن على هذا لاجابة الى تقييد المنظومة بكون أحدهما ديناً فانه لو كان عينين ففسد فيهما ذلك أيضاً (قوله ولا يجوز التصرف في رأس المال ولا المسلم فيه قبل القبض أما الاول) وهو رأس المال فالتجوز للمسلم اليه التصرف قبل قبضه لمافي ذلك من تفويت حق الشرع وهو القبض المستحق شرعاً قبل الافتراق (وأما الثاني) وهو المسلم فيه فانه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز لما تقدم من الدليل فلا تجوز هبته ولا الاستبدال به أو لدفع المسلم اليه ما هو أردأ من الشرط وقبله رب السلم أو أجود فانه يجوز ولا يكون له حكم الاستبدال فانه جنس حقه فهو كترك بعض حقه واسقاطه في حق رب السلم ومن جنس القضاء في حق المسلم اليه وقول القدوري بعدم ذلك (ولا تجوز الشركة) لا (التولية) مع دخولها في عموم التصرف في السلم في القرب وقوعها في المسلم فيه بخلاف المراجعة والوضعية فانه غير معتاد ولانه دين وفي الوضعية اضرار رب السلم في بيعه وجوده ما بخلاف أخذه بمثل ما اشتراه فانه قريب والشركة هي معنى أخذ بعضه بمثل ما اشتراه وقبل هو احتراز عن قول البعض أن التولية تجوز عنده في بيع العين والسلم (قوله فان تقايلا السلم لم يكن له) أي لرب السلم (أن يشتري من المسلم اليه برأس المال شيئاً حتى يقبضه كله لقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذ الاسلمك أو رأس مالك) أخرجه أبو داود وابن ماجه معناه عن عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اسلم في

فخن ندعى أن النقود لا تتعين في العقود استحقاقاً لاجوازها فلا يلزم لانها تتعين جوازاً فذلك حنف ولزمه التصديق بها وأما الثالثة فلان البيع انما يجوز لمكان التهازل بالبيع لان هذا بيع بلائع فيكون منه ما تهازل به وهي تتعين في حق الجواز وهكذا نقول في المسئلة الثانية لانتقاص الصرف باختلاف المجلس بالاستغفال بالعقد الاخر فيتحقق البيع بلائع فيمتنع الجواز باعتبار التهازل (قوله ولا يجوز التصرف في رأس المال)

احتماراً عن السكالي
بالسكالي فلو جاز التصرف
بالمبيع والهبة والوصية ونحوها
فات الشرط وهو معنى قوله
فلما فيه من تفويت القبض
المستحق بالعقد ولا في
المسلم فيه كذلك لانه
مبيع والتصرف في المبيع
قبل القبض لا يجوز ولا يبر
به بعده لأن المقبوض بعقد
المسلم كالعين المشتري
فإن المال ان كان مثلياً
جاز أن يبيع مراجعة وان
كان قيمياً لا يجوز الا من عنده
ذلك الثمن (ولا تجوز
الشركة) وهو أن يشترك
شخص آخر في السلم فيه
(و) لا (التولية) وصورتها
ظاهرة وانما خصهما
بالذكر بعد ما دخل في
العموم لانها أكثر وقوعاً
من المراجعة والوضعية وقيل
احتراز عن قول البعض أن
التولية جائزة لانها اقامة
معروف فانه يولى غيره ما تولى
فان تقايلا السلم لم يكن
لرب السلم أن يشتري من
المسلم اليه برأس المال شيئاً
حتى يقبضه كله

قوله (لا يجوز التصرف
في رأس المال قبل القبض
لانه شرط صحة السلم) أقول
بمعنى ان القبض شرط صحة
السلم (قوله لقوله عليه
الصلاة والسلام لا تأخذ
الاسلمك أو رأس مالك يعني

حالة البقاء وعند الفسخ) أقول قوله حالة البقاء ناظر الى قوله الاسلمك
وقوله عند الفسخ ناظر الى قوله أو رأس مالك

لقوله

لقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذوا من أموالكم وأرواس مالكم (يعنى خالة البقاء وعند الفسخ وهذا نص في ذلك) ولأنه أخذ شهما بالمبيع لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث) وهو الشرع والمبيع يقتضى وجود المعقود عليه والسلم فيه لا يصح لذلك (ل سقوطه) بالاقالة (ذ) لابد من (جعل رأس المال مبيعاً) ليرد عليه العقد والالكان ما فرضناه ببيع العالم يمكن بيعه اذا خلف باطل (٢٣١) وهو صالح لذلك لكونه ديناً مثل المسلم فيه وما اذا أمكن أن يكون

الدين معقوداً عليه ابتداءً فيما هو بيع من كل وجه وهو عقد السلم فلا يمكن ذلك انتهاء فيما هو بيع من وجه دون وجه كان أولى واذا ثبت شبهه بالمبيع والمبيع لا يتصرف فيه قبل القبض فكذلك ما أشبهه فان قيل اذا كان كذلك وجب قبض رأس المال في المجلس اعتباراً لانتهاء بالابتداء أجاب بقوله (لانه) أى لان عقد الاقالة (ليس في حكم الابتداء من كل وجه) لانه يبيع في حق الكل والاقالة يبيع في حق ثالث لا غير وليس من ضرورة اشتراط القبض في الاول اشتراط في الثاني بالضرورة فان ثبت بالنبيه وهو ان اشتراط القبض في الابتداء كان لا احتراز عن الكالتي بالكالتي والمسلم فيه سقط بالاقالة فلا يتحقق فيه ذلك فلا يشترط القبض وان تأمل يغنى عن هذا السؤال لان رأس المال اذا صار معقوداً عليه سقط اشتراط قبضه فالسؤال بوجوب قبضه لا يرد لكن المصنف دفع وهم من عسى يتوهم نظر الى كونه رأس المال وجوب قبضه

لقوله عليه الصلاة والسلام لا تأخذوا من أموالكم وأرواس مالكم أى عند الفسخ ولأنه أخذ شهما بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه وهذا لان الاقالة يبيع جديد في حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعاً بالسقوطه لجعل رأس المال مبيعاً لانه دين مثله الا أنه يجب قبضه في المجلس لانه ليس في حكم الابتداء من كل وجه

شئ فلا يصرف الى غيره وهذا يقتضى أن لا يأخذ الا هو و ر واه الترمذى وحسنه وقال لا أعرفه مرفوعاً الا من هذا الوجه وأخرج الدارقطنى عن سعيد الجوهري وعلي بن الحسين الدرهمي باللفظ المذكور وقال اللفظ الدرهمي وقال ابراهيم بن سعيد قلاً يأخذ الاما سلم فيه أو رأس ماله وهذا هو حديث المصنف وعطية العوفي ضعفه أحمد وغيره والترمذى يحسن حديثه فهو مختلف فيه فحديث حسن ورواه عبد الرزاق موقوفاً على ابن عمر أخبرنا عمر عن قتادة عن ابن عمر قال اذا أسلفت في شئ فلا تأخذ الا رأس مالك والذي أسلفت فيه وأسند عن أبي الشعثاء نحوه من قوله فقوله لا تأخذ الا سلمك يعنى حال قيام العقد أو رأس مالك أى عند الفسخ فاستنبط منه أنه اعتبر كالبيع فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه (وهذا) أى كونه أخذ شهما بالمبيع (١) سبب (أن الاقالة يبيع جديد في حق ثالث) غير المتعاقدين والشرع ثالث وعرف أن صحتها تتوقف على قيام المبيع الى القبض ألا ترى أنه لو هلك المبيع بعد اقالة البيع قبل القبض تبطل الاقالة وذلك غير ممكن هنا لان بالاقالة يسقط المبيع لانه دين لا عين فيتلاشى فلا يعود لكونه قد صحت فيسلم أنه اعتبر رأس المال بمنزلة المبيع ضرورة لانه دين مثل السلم فيه وجعل الدين مبيعاً ليس محالاً وأورد عليه لو كانت بيعاً جديداً لكانت يبيع سلم لانها اقالة يبيع سلم فكان يلزم قبض رأس المال عند الاقالة في المجلس ولم يلزم بالاجماع فاجاب عنه المصنف (بانه) يعنى عقد الاقالة (ليس في حكم الابتداء من كل وجه) وأجاب غيره بان لزوم قبضه قبل الافتراق لثلاث

الى قوله ولا يجوز الشركة والتولية وصورة الشركة أن يقول رب السلم لا خراعطى تصفر رأس المال حتى تكون شركاً في السلم فيه وصورة التولية أن يقول رب السلم لا خراعطى مثل ما أعطيت للمسلم اليه حتى يكون المسلم فيه لك وأنه يبيع بعض المبيع قبل القبض أو يبيع كله فان قيل فإى فائدة في تخصيص الشركة والتولية بعدما ذكرنا الا انهم منهم اوهو قوله ولا يجوز التعرف في رأس المال والمسلم فيه قبل القبض قلنا ان أحدنا يشتري المسلم فيه مرا بجهة لكونه ديناً ولا وضعية لكونه حاضرراً ظاهرراً وانما يشترط به مثل ما اشتراه رب السلم ورغبة في كله وهو التولية أو في بعضه وهو الشركة ولذلك خصهما بالذكور لصوره والتصرف فيهما من هذا الوجه (قوله لا تأخذ الا سلمك) أى المسلم فيه حال بقاء العقد أو رأس مالك أى عند الفسخ (قوله) وهذا لان الاقالة يبيع جديد في حق الثالث) وهو حق الشرع وهو حرمه الاستبدال هنا وهذا التعليل لبيان أن رأس المال أخذ شهما بالمبيع وهو أن الاقالة في حق غير المتعاقدين كعقد مبتدأ وحرمه الاستبدال غيرهما وجانب السلم فيه لا يحتتمل العقد المبتدأ اذ لا يمكن جعل المسلم فيه مبيعاً لانه دين يسقط والسلم يثبت الدين وجانب رأس المال يحتتمل جعل رأس المال مبيعاً لانه دين يثبت مثله فاعتبر في حقه حكم ابتداء السلم فحرم الاستبدال برأس المال ضرورة (قوله الا أنه لا يجب قبضه في المجلس) أى الآن رأس المال لا يجب قبضه بعد الاقالة في مجلس الاقالة هذا الاستثناء لجواب شبهة وهى أنه لما ذكر أن الاقالة بمنزلة بيع جديد كانت اقالة يبيع السلم بمنزلة يبيع السلم كان قبض رأس المال في مجلس البيع شرطاً فيجب أن يكون قبض رأس المال بعد الاقالة في مجلس الاقالة شرطاً فاجاب عنه هذا وقال لا يشترط قبض رأس المال في مجلس

ولو أمر بذلك في مبرز الدليل على انقلابه معقوداً عليه حيث لا يجوز قبضه ولو بقي رأس المال لوجب كان أدق على طريقة قوله في أول الكتاب ويجوز بأى لسان كان سوى الفارسية وهى طريقة قوله ولا عيب فيهم غير أن سيوفهم * من قول من قرا ع الكتاب (قوله فيما هو بيع من وجه دون وجه) أقول وهو الاقالة (قوله لان عقد الاقالة ليس في حكم الابتداء من كل وجه لانه يبيع في حق الكل) أقول فيه بل راجع الى الابتداء (قوله وهى طريقة) أقول ليس ذلك على طريقة كمال يحيى على من له أدنى سكة

وفيه خلاف زفر رحمه الله والحجة عليه ما ذكرناه قال (ومن أسلم في كرخطة فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا أو امر رب السلم بقبضه فضاء لم يكن قضاء وان أمره أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فأكاله له ثم أكاله لنفسه جاز) لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهى النبي عليه الصلاة والسلام عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محل الحديث على ما مر

يفترق دين بدين وذلك انما يكون اذا كان المسلم فيه مما يجب تسليمه ولم يجب ذلك بعد الفسخ بالاقالة ويمكن حل جواب المصنف على هذا بتكليف يسير وحاصل جواب صاحب الايضاح أن رأس المال جعل كالسلم فيه والقبض ليس شرطاً فيه فليس شرطاً له (وفيه خلاف زفر) أي في منع الاستبدال برأس مال السلم من المسلم اليه بعد اقالة السلم فعنده يجوز أن يشتري به ماشاء وهو القياس لانه بالاقالة بطل السلم وصار رأس المال ديناً عند المسلم اليه فيستبدل به كسائر الديون (والحجة عليه ما ذكرناه) من الاثر والمعنى فهو استفسان بالاثم مقدم على القياس (قوله ومن أسلم في كرخطة) وهو ستون قفيرا أو أر بعون على خلاف فيه والقفير ثمانية مكاكيك والمكول مئصاع ونصف (فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا أو امر رب السلم أن يقبضه قضاء) عن المسلم فيه فاقضاه رب السلم بحقه بان أكافه مرة وحارة اليه لم يكن مقتضيا بحقه حتى لو هلك بعد ذلك بهلك من مال المسلم اليه ويوطأ به رب السلم بحقه (وان أمره أن يقبضه) أي للمسلم اليه (ثم يقبضه لنفسه فأكاله له) أي رب السلم للمسلم اليه (ثم أكاله) مرة أخرى (لنفسه) صار مقتضيا مستوفيا حقه وهذا (لانه اجتمعت صفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان) صاع البائع وصاع المشتري (وهذا هو محل الحديث على ما مر) في الفصل الذي يلي باب المراجعة حيث قال المصنف ومحل الحديث اجتماع الصفقتين والقبض فيه أن المستحق بالعقد ما سمي فيه وهو السكر وهو انما يتحقق بالكيل فكان الكيل معينا للمستحق بالعقد وهذا عقدان ومشتريان فلا بد من توفير مقتضى كل عقد عليه ألا ترى أن الثاني لو كاله فزاد لم تطبله الزيادة ووجب ردها حتى لو كان المشتري كاله لنفسه بحضرة المشتري الثاني فقبضه الثاني لا بد من أن يكيله اقامة لحق العقد الثاني والصفقتان شرعا للمسلم اليه من بائعه السكر والصفقة التقديرية التي اعتبر بين السلم اليه ورب السلم عند قبضه لان السلم اليه يصير بائعا من رب السلم ما اشتراه لان المأخوذ ليس عين حقه فانه دين وهذا عين قاصصه وقد أخذوا في صحة الامر أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه وعندى ليس هذا بشرط بل الشرط أن يكيله مرتين حتى لو قال له اقبض السكر الذي اشتريته من فلان عن حقه فذهب فأكاله ثم أعاد كليه صار قابضا لان الغرض أنه لا يصير قابضا لنفسه بالكيل الاول بل الثاني فلما قال له اقبضه عن حقه والمخاطب يعلم طريق صبر ورتبه قابضا لنفسه أن يكيله مرة للقبض عن الآخر وثانيا يصير هو قابضا لنفسه ففعل ذلك صار قابضا حقه كأنه قال له اذهب فافعل ما يصير به قابضا ولغظ

الاقالة وان كان بشرط قبضه في عقد السلم لان ذلك بيع من كل وجه في حق السكك وهذا فسخ في حق المتعاقدين وليس من ضرر ورة اشتراط القبض في البيع من وجه دون وجه وذلك لان اشتراط القبض في الابتداء كان للاحتراز عن بيع الكالئ والكالئ والمسلم فيه سقط بالاقالة فلا يتحقق فيه بيع الكالئ بالسكك فلا يشترط القبض (قوله وفيه خلاف زفر رحمه الله) فانه قال يجوز والتصرف في رأس مال السلم بعد الاقالة قبل القبض لانهم لما اتقوا لا السلم وجبت الدراهم ديناً في الذمة فلا يكون استبدال رأس المال كفاي عقد الصرف بعد الاقالة ولان حرمة الاستبدال لو جوب القبض في المجلس ولا يجب قبض رأس المال في مجلس لاقالة وقلنا القياس جواز التصرف فيه قبل القبض الا أن القياس تركناه في السلم لما روينا وما ذكرناه من المعقول (قوله لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل) صفقة حرت بين السلم اليه وبائعه و صفقة حرت بين السلم اليه ورب السلم (قوله وهذا هو محل الحديث) على ما مر وهو ما ذكر في الفصل المتصل باب المراجعة والتولية قال فيه ومحل الحديث اجتماع الصفقتين

(قوله وفيه) أي في جعل رأس المال بعد الاقالة مبيعا (خلاف زفر) هو قول رأس المال بعد الاقالة صار ديناً في ذمة المسلم اليه فأكاله جاز الاستبدال بسائر الديون جاز بهذا الدين (والحجة عليه ما ذكرناه) من الحديث والمعقول قال (ومن أسلم في كرخطة فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا أو امر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء) حتى لو هلك المقبوض في يد رب السلم كان من مال المسلم اليه (وان أمره أن يقبضه لاجل المسلم اليه ثم لنفسه فأكاله له ثم أكاله لنفسه جاز لانه اجتمعت صفقتان بشرط الكيل) الاولى صفقة السلم اليه مع بائعه والثانية صفقة مع رب السلم (فلا بد من الكيل مرتين لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محل الحديث على ما مر) في الفصل المتصل باب المراجعة والتولية قال فيه ومحل الحديث اجتماع الصفقتين

على ما ينبغي (قوله) والمسلم

وان كان سابقا (جواب
عما يقال ببيع المسلم اليه مع
رب المسلم كان سابقا على
شراء المسلم اليه من بائعه
فلا يكون المسلم اليه بائعا
بعد الشراء فلا يتحقق
الصيغة الثانية لتدخل تحت
النهي وتقرر به القول
بوجوب العلة سواء كان
قبض المسلم فيه لاحقا
وقبض المسلم فيه (بمنزلة
ابتداء البيع) لان المسلم
فيه دين في ذمته والمقبوض
عين وهو غير الدين حقيقة
وان جعل عينه في حق حكم
خاص وهو حرمة الاستبدال
ضرورة فلا ينعدي فيبقى
فباوراه كالبيع فيتحقق
البيع بعد الشراء بشرط
الكسب فقد اجتمعت
الصفقتان فلا بد من تكرار
الكسب (و) ان (كان)
الكر (قرضا فامر)
المستقرض المقرض
(قبض الكر) ففعل (جاز
لان القرض اعارة ولهذا
ينعقد بلفظ الاعارة) ولولم
يكس اعارة لم يملك الشيء
بجسسه نسيته وهو باولها
لا يلزم التاجيل في القرض
لان التاجيل في العواري
غير لازم فيكون المردود عين
المقبوض (مطلقا حكما فلا
تجتمع الصفقتان) وكذا
لو استقرض المسلم اليه من
رجل وأمر رب المسلم بقبضه
يكتفي فيه بكس واحد قال
(ومن أسلم في كرفا من رب

والمسلم وان كان سابقا لكن قبض المسلم فيه لاحق وانه بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة وان
جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء وان يكن سلما وكان قرضا
فأمره بقبض الكر جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة فكان المردود عين المأخوذ مطلقا حكما
فلا تجتمع الصفقتان قال (ومن أسلم في كرفا من رب المسلم أن يكيله المسلم اليه في غرائر رب المسلم

الجامع يفيد ما قلناه انه لم يرد فيه على قول فأكاله ثم أكاله لنفسه جاز وقوله (والمسلم وان كان سابقا الى آخره)
جواب سؤال مقدر وهو أن يقال ببيع رب المسلم مع المسلم اليه كان سابقا على شراء المسلم اليه من بائعه فلا
يكون المسلم اليه بائعا بعد الشراء ما اشتراء فلم تجتمع الصفقتان فلا يدخل تحت النهي فأجاب بقوله السلم وان
كان سابقا على شراء المسلم اليه من بائعه (لكن قبض) رب السلم (المسلم فيه لاحق) لشرايته من بائعه (وانه)
أي قبض المسلم فيه (بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة) واعتبر عينه في حق حكم خاص وهو
حرمة قبضه عن المسلم فيه كي لا يلزم الاستبدال به قبل قبضه لا يستلزم اعتباره اياه مطلقا فخذ العين عنه في حكم
عقد جديد فيتحقق ببيع المسلم اليه بعد شرايته من بائعه والدليل على هذا الاعتبار ما قال في الزبادان لو أسلم مائة
في كرفا ثم اشترى المسلم اليه من رب السلم كرحضة بمائتي درهم الى سنة فقبضه فلما حل السلم أعطاه ذلك الكر
لم يجز لانه اشترى ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن يريد أن رب السلم اشترى ما باعه وهو الكر قبل نقد الثمن
بأقل مما باعه وانما يلزم ذلك اذا جعل عند القبض كرفا ثم ما جدد اعهده ومثل هذا فيما لو أسلم موزون
معين واشترى المسلم اليه موزونا كذلك الى آخره لا يجوز قبض رب السلم بخلاف ما لو اشترى المسلم اليه
رحضة مجازفة أو ملكها برث أو هبة أو وصية أو وفاة وبالسلم فأكاله مرة وتجزو به يكتفي بكس واحد لانه
لم يوجد الا عقد واحد بشرط الكيل وهو السلم ولو اشترى المعدود عددا والسلم في معدود فعلى الرايتين في
وجوب إعادة العدي ببيع المعدود بعد شرايته عددا هذا (فلولم يكن سلما) ولكن أقرضه (فامر بقبض الكر)
ولم يقل اقبضه في حق قبضه لنفسه قبضه بان أكاله مرة (جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة
وكان المردود عين المأخوذ مطلقا فلم تجتمع الصفقتان) فلم يجب الكيل لان هذا الاعتبار في القرض لو لم يكن
نايلزم تمام الشيء بجسسه نسيته أو تفرق بالا قبض فيه وهو باولها لا يلزم التاجيل في القرض لانه ببيع
بجسسه نسيته وكذا لو كان الدين الاول سلما فلما حل اقترض المسلم اليه من رجل كرفا أو أمر رب السلم بقبضه
من المقرض ففعل جاز لانه كان هذا العقد القرض مقدم مساهلة لا لوجب الكيل بخلاف البيع مكيالة
أو موازنة ولهذا لو استقرض من آخر حنطة على أنها عشرة أقدرة جاز له أن يتصرف فيها قبل الكيل (قوله)
ومن أسلم في كرفا من رب المسلم اليه أن يكيله له في غرائر رب السلم) والموضع موضع الاضمار فيها لانه

(قوله) والمسلم وان كان سابقا لكن قبض المسلم فيه لاحق) جواب سؤال وهو أن يقال ببيع المسلم اليه مع رب
السلم سابق على شراء المسلم اليه من بائعه فلم يكن المسلم اليه بائعا بعد الشراء فلا يدخل تحت النهي فأجاب ان
السلم وان كان سابقا قبض المسلم فيه لاحق وللقبض في باب السلم حكم عقد جديد فكان ما جدد ذلك العقد
على المقبوض فيتحقق البيع بعد الشراء وهذا لان العقد تناول ديني في ذمته والمقبوض عين والعين غير الدين
حقيقة وان جعل المقبوض عين ما تناوله العقد في حكم عقد خاص وهو حرمة الاستبدال اذ لو جعل غيره لكان
استبدال المسلم فيه وهو حرام وأما فيما ورأه فهو غيره حقيقة فصار بائعا ما اشترى مكيالة قبل الكيل فيبطل
بخلاف القرض لانه اعارة حتى ينعقد بلفظها فكان المقبوض عين حقه تقديره والا يلزم تعليق الشيء بجسسه
نسيته فلم يتحقق الصفقتان بشرط الكيل فيجب كس واحد للمشتري بحق الو كاله والدليل على أن لا قبض
في باب السلم حكم عقد جديد ما قال في الزبادان لو أسلم الى أجل مائة درهم في كرفا ثم اشترى المسلم اليه من
رب السلم كرحضة بمائتي درهم الى سنة فقبضه فلما حل السلم أعطاه ذلك الكر لم يجز لانه اشترى ما باع بأقل
مما باع قبل نقد الثمن وانما يكون كذلك اذا جعل عند القبض كرفا ثم ما جدد العقد عليه

ففعّل وهو) أي رب السلم (غائب لم يكن) له في غرائره طعام فانه لا يكون (قضاء) فلو هلك هلك من مال المسلم اليه (لان الامر بالسكيل لم) يصادف ملك الامر اذ حقه في الدين (٢٣٤) لاني العين فلا يصح) الامر (وصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر من رب السلم

ففعّل وهو غائب لم يكن قضاء) لان الامر بالسكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الامر لان حقه في الدين دون العين فصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر منه وقد جعل ملك نفسه فيها فصار كولو كان عليه درهم دين فدفع اليه كيسا ليرتبه المدينون فيه لم يصرفوا بضوا لو كانت الخنطة مشتراة والمستهلكة بحالها صار قابض لان الامر قد صح حيث صادف ملكه لانه ملك العين بالبيع ألا ترى أنه لو أمره بالطحن كان الطحين في السلم للمسلم اليه وفي الشراء له مشري لصحة الامر وكذا اذا أمره أن يصبه في البحر في السلم هلك من مال المسلم اليه وفي الشراء من مال المشتري ويبتقر والتمسح عليه لما قلنا وهذا يكتفي بذلك السكيل في الشراء في الصحيح لانه نائب عنه في السكيل والقبض بالوقوع في غرائر المشتري ولو أمره في الشراء أن يكيه في غرائر البائع ففعّل

أظهره لدفع الالتباس (ففعّل وهو) أي رب السلم (غائب لم يكن قضاء) حتى لو هلك هلك من مال المسلم اليه والتقييد بغيبته لانه لو كان فيها ورب السلم حاضر يصير قابضا بالتعاقد سواء كانت الغرائر له أو للبائع (لان الامر بالسكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الامر لان حقه في الدين لا العين فصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر منه جاء علامته نفسه فيها فصار كولو كان عليه درهم فدفع) الدائن اليه كيسا (ليرتبه المدينون فيه لم يصرفوا بضوا) هذا إذا لم يكن في غرائر رب السلم طعام فلا تردد فان كان قيل لا يصير قابضا لما قررنا أن أمره غير معتبر في ملكه انغير قال في المبسوط والاصح عندي أنه يصير قابضاً لان أمره بخلط طعام السلم بطعامه على وجه لا يتميز به فيصير به قابضاً وهو نظير ما سجد كرفي كتاب الصرف فيمن دفع نصف درهم الى صانع وقال زد من عندك نصف درهم وصنع لي به ما تحتاج ففعّل جاز وصار بالخلط قابضا (ولو كانت مشتراة غير مسلم فيها) (والمستهلكة بحالها) أي دفع المشتري غرائره للبائع وأمره أن يكيه لها فيها ففعّل بغيبته (صار قابضاً لان الامر قد صح) هنا (لانه ملك عين الخنطة بمجرد البيع فصادف أمره ملكه) ونظيره ما لو أمره بطحن الخنطة المسلم فيها فطحنها المسلم اليه كان الدقيق للمسلم اليه فلو أخذ رب السلم الدقيق كان حراما لانه استبدل بالمسلم فيه قبل قبضه ولو كانت مشتراة فامر المشتري البائع أن يطحنها فطحنها كانت للمشتري فلو هلك الدقيق في الاول هلك من ملك المسلم اليه وبعود دين رب السلم عليه كما كان ولو هلك في الثاني هلك من ملك المشتري وتقرر ما قلنا عليه ومثله (اذا أمر) رب السلم المسلم اليه (أن يصبه في البحر ففعّل كان من مال المسلم اليه) ولو أمر المشتري البائع به كان قابضاً فملك (من مال المشتري لما قلنا وهذا يكتفي بذلك السكيل) الواحد (في الشراء في الصحيح) لانه نائب عنه في السكيل والوقوع في غرائر المشتري) وقوله في الصحيح احتراز عما قيل لا يكتفي بالكيلين على ما مر قبل باب الزبا ولو كان في البيع أمر المشتري البائع أن يكيه في غرائر البائع ففعّل بغيبته لم يصرف قابضا

(قوله كان الطحين في السلم للمسلم اليه) ولا يكون لرب السلم أن يأخذه لانه حينئذ يصير مستبدلا (قوله) ويتقرر التمسح عليه لما قلنا) أي ان الامر قد صح حيث صادف ملكه فان قيل في فصل الشراء ينبغي أن لا يصح الامر أيضا في حق ثبوت القبض لان البائع لا يصح وكذا لا عن المشتري في القبض حتى لو وكله بالقبض نصا لم يصح قلنا أمره بالطحن لا بالقبض وانما ثبت القبض حكما وجاز أن يشبث الشيء حكما وان كان لا يثبت قهرا (قوله ولهذا يكتفي بذلك السكيل في الشراء في الصحيح) احتراز عما قيل بأنه لا يكتفي بكيل واحد تمسكا بظاهر ما روي عن النبي عليه السلام أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري (قوله لانه نائب عنه) أي لان البائع نائب عن المشتري في السكيل (قوله والقبض بالوقوع في غرائر المشتري) أي القبض يتحقق ويثبت بالوقوع في غرائر المشتري كان هذا جوابا لاشكال بان يقال ان البائع مسلم فكيف يكون متسما وقابضاً لان البائع صار وكيلا في امساك الغرائر فثبت الغرائر في يد المشتري بالوقوع أي وتحقق القبض

وقد جعل ملكه فيها فصار كما لو كان عليه درهم دين فدفع اليه كيسا ليرتبه المدينون فيه حيث لم يصرفوا بضوا ولو اشتري من رجل خنطة بعينها ودفعت غرائره الى البائع وقال له اجعلها فيها ففعّل والمشتري غائب صار قابضا لانه ملكه بالشراء لانه دفع الامر اصادفته الملك واذا صح صار البائع وكيلاً عنه في امساك الغرائر فثبت الغرائر في يد المشتري حكما فوقع فيها صار في يد المشتري (قوله ألا ترى) توضيح لتمسكه بالبيع فزانه اذا أمره بالطحن في السلم كان الطحين للمسلم اليه وفي الشراء للمشتري) واذا أمره أن يصبه في البحر في السلم ففعّل هلك من مال المسلم اليه (وفي الشراء من مال المشتري) وليس ذلك الا باعتباره لصحة الامر وعدمها وصحته موقوفة على الملك فلو لا أنه ملكه لما صح أمره ويجوز أن يكون توضيحا لقوله لان الامر قد صح (ولهذا) أي ولان الامر قد صح (يكتفي بذلك السكيل في الشراء في الصحيح لان البائع نائب عنه في السكيل) فان قيل البائع مسلم فكيف يكون متسما جواب بقوله (والقبض بالوقوع) أي وتحقق القبض

بالوقوع (في غرائر المشتري) فلا يكون متسما وانما قال في الصحيح احتراز عما قيل لا يكتفي بكيل واحد تمسكا بظاهر ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري وقد مر قبل باب الزبا (ولو أمر) المشتري البائع أن يكيه في غرائر البائع ففعّل

لم يصير (المشتري) قابضاً لانه استعار غراثه ولم يقبضها فلم يصير الغراث في يده) لان الاستعارة تبرع فلا تتم بدون القبض فكذلك ما وقع فيها وصار كالموكل أو كالمستأجر في ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه في يده فلم يصير المشتري قابضاً لانه مستعير لم يقبض (قوله ولو اجتمع الدين والعين) صورته رجل أسلم في كربة حنطة فلما حل الاجل اشترى من المسلم اليه كرا آخر بعينه ودفع غراثه اليه ليجعل الدين) أي المسلم فيه والعين وهو المشتري فيها فلا يحل للبائع من أن يجعل فيها أولاً الدين أو العين فان كان (٢٣٥) الثاني (صار) المشتري قابضاً لهما جميعاً أما العين فالحقة الامر فيه

لم يصير قابضاً لانه استعار غراثه ولم يقبضها فلا تصير الغراث في يده فكذلك ما يقع فيها وصار كالموكل أو كالمستأجر في ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه في يده فلم يصير المشتري قابضاً لهما جميعاً أما العين فالحقة الامر فيه لم يصير قابضاً لانه استعار غراثه ولم يقبضها فلا تصير الغراث في يده فكذلك ما يقع فيها وصار كالموكل أو كالمستأجر في ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه في يده فلم يصير المشتري قابضاً لهما جميعاً أما العين فالحقة الامر فيه لم يصير قابضاً لانه استعار غراثه ولم يقبضها فلا تصير الغراث في يده فكذلك ما يقع فيها وصار كالموكل أو كالمستأجر في ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه في يده فلم يصير المشتري قابضاً لهما جميعاً أما العين فالحقة الامر فيه

لم يصير قابضاً لانه استعار غراثه ولم يقبضها فلا تصير الغراث في يده فكذلك ما يقع فيها وصار كالموكل أو كالمستأجر في ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه في يده فلم يصير المشتري قابضاً لهما جميعاً أما العين فالحقة الامر فيه لم يصير قابضاً لانه استعار غراثه ولم يقبضها فلا تصير الغراث في يده فكذلك ما يقع فيها وصار كالموكل أو كالمستأجر في ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه في يده فلم يصير المشتري قابضاً لهما جميعاً أما العين فالحقة الامر فيه

لانه استعار غراثه ولم يقبضها فلم يتم الاعارة لانها لم كانت عقد تبرع لم يتم الا بالقبض (فلم يصير الغراث في يده فكذلك ما يقع فيه) على تاويل الظرف ونحوه (وصار كالموكل أو كالمستأجر في ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه في يده فلم يصير المشتري قابضاً لهما جميعاً أما العين فالحقة الامر فيه لم يصير قابضاً لانه استعار غراثه ولم يقبضها فلا تصير الغراث في يده فكذلك ما يقع فيها وصار كالموكل أو كالمستأجر في ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه في يده فلم يصير المشتري قابضاً لهما جميعاً أما العين فالحقة الامر فيه

حكم فلو وقع بينهما يصير في يد المشتري حتى لو كانت الغراث للبائع روى عن محمد رحمه الله أنه لا يصير قابضاً (قوله ولو اجتمع الدين والعين) بان اشترى كربة حنطة وأسلم أيضاً في كربة حنطة فاسلم فيه دين والمشتري عين (قوله وبثله يصير قابضاً) لان القبض تارة بيده أو بتخلية منه ومرة باتصاله بملكه فان قيل أليس أن الصباغ اذا صبغ الثوب لا يصير المستاجر وهو رب الثوب قابضاً باعتباره هذا الاتصال فلم يصير قابضاً باعتباره فلنا المعقود عليه ثمة الفعل وهو الصبغ لا العين وهو الصبغ والفعل لا يجوز الفاعل لانه عرض لا يقبل الانتقال عن محله فلم يتصل المعقود عليه بالثوب فلم يصير به قابضاً (قوله وهذا الخلط غير مرضي) جواب سؤال الذكري في القوائد الظهيرية فان قيل الخلط حصل باذن المشتري فينبغي أن لا ينقض البيع قلنا ان الخلط على هذا الوجه لم يحصل باذن المشتري بل الخلط على وجه يصير الآسر قابضاً حصل باذنه وهو اذا بدأ بالعين وقال الامام فاضحاً رحمه الله وفي قول أبي يوسف رحمه الله اذا كالم الدين أولاً ثم كالم العين بعده صار قابضاً للدين ضرراً واتصاله بملكه حكماً كالم العين أولاً ثم كالم الدين وعند محمد رحمه الله ان كالم العين أولاً لا يصير قابضاً لهما وان كالم الدين أولاً لا يصير قابضاً للعين دون الدين

فيتمسخ العقد) فان قيل الخلط حصل باذن المشتري فلا ينقض البيع أجاب بان الخلط على هذا الوجه ما حصل باذن المشتري بل الخلط على وجه يصير به الآسر قابضاً والذي كان ماذوناً به وفي عبارة المصنف تسامح لانه حكم بكون الخلط غير مرضي به جزموا استدلاله بقوله (لجواز أن يكون مراده البداة بالعين) فيكون الدليل أعم من المدعى ولا دلالة للاعتماد على الاخص ويجوز ان يقال كلامه في قوة الممانعة فكأنه قال ولا نسلم ان هذا الخلط غير مرضي به (قوله لجواز) سند المنع فاستقام الكلام (وعندهما المشتري بالخيار ان شاء ففسخ البيع وان شاء شاركه في الخلط لان

الخلط ليس باستهلاك عندهما قال (ومن أسلم جارية في كرحنطة الخ) رجل أسلم جارية في كرحنطة ودفع الجارية إلى المسلم اليه ثم تقايلا فماتت الجارية في يد المسلم اليه فعليه (٢٣٦) قيمتها يوم قبضها ولم تبطل الاقالة بهلا كمالها ثم تقايلا بعد هلاك الجارية

كانت الاقالة صحيحة لانها تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام العقود عليه وفي السلم المعقود عليه انما هو المسلم فيه فصحت الاقالة حال بقائه واذا جاز ابتداء فاولى أن يبقى انتهاء لان البقاء أسهل من الابتداء واذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعاً فيجب ردّها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها وقامت مقام الجارية فكان أحد العوضين كان قائماً فلا يرد ما قبل ان الجارية قد هلكت والمسلم فيه سقط بالاقالة فصار كهلاك العوضين في المقايضة وهو يمنع الاقالة وقد تقدم في الاقالة ما يفرق بين المقايضة وبين بيع الجارية بالدرهم حيث بطلت الاقالة في البيع عندها كهباءه وابتداء وما في الكتاب ظاهر لا يحتاج الى شرح قال (ومن أسلم الى رجل درهم في كرحنطة الخ) اذا اختلف المتعاقدان في صحة السلم فن كان متعنتاً وهو الذي ينكر ما ينفعه كان كلامه باطلاً وهذا بالاتفاق ومن كان مخاصماً وهو الذي ينكر ما يضره كان القول قوله ان ادعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد وان كان خصمه هو المنكر عند أبي حنيفة وقال

ابو يوسف ومحمد القول قول المنكر وان ذكر الصحة وعلى هذا اذا أسلم رجل في كرحنطة ثم اختلفا فقال المسلم اليه شرطت ردّي وأقول وبالسلم لم تشترط شيئا فقول قول المسلم اليه قوله ومن كان مخاصماً وهو الذي ينكر أقول لا يخفى عليّ بخلافه يعرف المخاصم لقوله وان كان خصمه هو المنكر ظاهر او دفعه باعتباره

أن صبح الصباغ يتصل بالشوب ولا يصير مالاً كما فيه أوجب بان المعقود عليه ثمة الفعل لا العين والفعل لا يجاوز الفاعل لانه عرض لا يقبل الانتقال (قوله ومن أسلم جارية في كرحنطة) حاصل هذه والتي بعدها الفرق بين الاقالة في السلم والبيع بالثمن وبيع المقايضة في السلم تجوز الاقالة قبل هلاك الجارية وبعده لان صحة الاقالة تعتمد قيام العقد وهو قيام المبيع الى أن يقبض ففي السلم المبيع قصده هو المسلم فيه فهلاك الجارية وعدمه لا يعدم الدين المسلم فيه بخازن الاقالة اذا ماتت قبل الاقالة أو بعدها قبل القبض اقيام المعقود عليه وهو المسلم فيه واذا جازت انفسخ في الجارية تبعاً فيجب ردّها وقد عجز فيرد قيمتها لان القبض لا يوجب للموجب للضمان كان فيه فصار كالغصب وفيه لو كان اشترى جارية بالف درهم مثلاً لتجوز الاقالة بعد موتها وتبطل لو ماتت بعد الاقالة قبل القبض لان الجارية هي المعقود عليه في البيع فلا تصح الاقالة بعد موتها ولا تبقى على الصحة اذا هلكت بعدها ولو كان البيع مقايضة بان دفع الجارية في ثوب تبقى الاقالة بعد هلاكها اذا كان العرض الآخر باقياً لان كلامه ما مبيع من وجه (قوله ومن أسلم الى رجل الى آخره) الاصل في

(قوله ومن أسلم جارية في كرحنطة) الاصل في جنس هذه المسائل أن في بيع المقايضة وهو بيع ما يتعين بما يتعين هلاكاً أحدهما لا يمنع ابتداء الاقالة ولا بقاءها ولا كمالها ابتداء وبقاء والمعنى في ذلك أن الاقالة صحتها بقيام العقد لانها فسخ العقد وفسخ العقد بدون العقد لا يكون وفي المقايضة العقد قائم بقيام أحد العوضين لان قيام العقد عند قيامهما لان أحدهما لا يتعين لاضافة القيام اليه واذا كان قيام العقد بقيامهما لا يبطل العقد بهلاك أحدهما لما عرف أن الثابت بالشئ لا يزول بزوال أحدهما فيكون قائماً بقيام أحدهما فتصح الاقالة وفي بيع ما يتعين بما لا يتعين قيام العقد بما يتعين لان ما يتعين له ضرب من ربة على ما لا يتعين لان ما يتعين مال حقيقة وحكماً وما لا يتعين مال حقيقة لانه دين ولهذا لو قال مالي في المساكين صدقة وله دين على ملي أو مقلس لا يدخل واذا كان ما يتعين شخصاً بضرب من ربة على ما لا يتعين لا بد من ابانته هذه المزية ولا يمكن ابانته حالة الانعقاد لا فتقار الانعقاد اليها فيجب ابانته حالة البقاء فبقينا العقد ببقائه فصحت الاقالة باعتباره بقاءه ابتداء وبقاء وفي بيع ما لا يتعين بما لا يتعين وهو العرف تصح الاقالة وان هلك أو هلك أحدهما لان انعقاد العقد لا يتعلق بهما ابتداء فكذلك في الانفساخ بقاء لان قيام العقد بما يجب في الذمة لا بما في اليد ولا يقال بان وجوبه ما في الذمة بقدر بطل بالقضاء لان الدينون تقضى بأشائها فكان كل واحد من البدين قائماً في الذمة بعد القضاء ولهذا صح الخط والبراء بعد القضاء (قوله فماتت في يد المشتري) أي المسلم اليه وانما ما مشترى بانظر الى اشتراكية الجارية بالحنطة التي هي دين فكانت الجارية هي المبيعة من كل وجه (قوله انفسخ في الجارية تبعاً) يعني لانفساخ العقد في المسلم فيه

في

أبو يوسف ومحمد القول قول المنكر وان ذكر الصحة وعلى هذا اذا أسلم رجل في كرحنطة ثم اختلفا فقال المسلم اليه شرطت ردّي وأقول وبالسلم لم تشترط شيئا فقول قول المسلم اليه

قوله ومن كان مخاصماً وهو الذي ينكر أقول لا يخفى عليّ بخلافه يعرف المخاصم لقوله وان كان خصمه هو المنكر ظاهر او دفعه باعتباره

لأن رب السلم متعنت في إنكاره صحة السلم لأن المسلم فيه يربو على رأس المال عادة فكان القول بأن يشهد له الظاهر فأنهما لما اتفقا على عقد واحد واختلفا فعما لا يصبغ العقد بدونه وهو بيان الوصف والظاهر من حالهما مباشرة العقد على وصف الصحة دون الفساد كان الظاهر شاهداً للمسلم اليه وقول من شهد له الظاهر أقرب إلى الصدق وفيه بحث لا لأن السلم فيه يربو على رأس المال بل الأمر بالعكس فإن النقد القليل خير من النسيئة وإن كانت كثيرة سلمناه لكنه يربو عليه إذا كان جيداً وأما إذا (٢٣٧) كان ردياً فمجنوع سلمناه لكنه يخالف للحدِيث المشهور وهو قوله

عليه الصلاة والسلام البينة

على المدعي واليمين على من

أنكر وهو باطلاً

يقضي أن يكون القول

قول المنكر وإن أنكر الصحة

والجواب أن الناس مع

وفور عقولهم وشدة تحيزهم

عن الغبن في البياعات وكثرة

رغبته في التجارة الرابحة

يقدمون على السلم مع

استغنائهم عن السلم فيه في

الحالة الراهنة وذلك أقوى

دليل على ربح السلم فيه

وإن كان ردياً والاعتبار

للمعاني دون الصورة

فنكر صحة الصورة وإن

كان منكر الكنه مدع في

المعنى فلا يكون القول قوله

كالمدعي إذا ادعى رداً ودبغة

وإن انعكست المسئلة وهو أن

يدعي رب السلم الوصف

وأنكره المسلم اليه لم يذكره

محمد في الجامع الصغير

والمأخرون من المشايخ

(قالوا يجب أن يكون القول

رب السلم عند أي حنيفة

لأنه يدعي الصحة وإن كان

صاحبه منكرًا وعندهما

القول للمسلم اليه لأنه منكر

وإن أنكر الصحة (قوله

وسنقره من بعد) يريد

به ما يذكره بعد بخطوط القول

لرب السلم عندهما وفي عبارته تسامح لأنهما استعملوا للبعد والمطابق ونقره ولو قال المسلم اليه لم يكن له أجل

المعنى والصورة كما سيجي (قوله لأن رب السلم متعنت في إنكاره صحة السلم لأن المسلم فيه إلى قوله فأنهما لما اتفقا على عقد واحد الخ) أقول فعلى

هذا التقرير يكون التعرض لثبوت رب السلم ضابطاً يتم المقصود بدونه (قوله وإن كان ردياً) أقول مسلم إذا علم اشتراط العاقدين رداءة المسلم فيه

(قوله فنكر صحة الصورة الخ) أقول الأصوب أن يقال فالمدعي ردة منكر في المعنى ليطابق السؤال والاستشهاد (قوله لكنهم مدع) أقول إن له

في كرحنطة فقال المسلم اليه شرط ردياً وقال رب السلم لم تشترط شيئاً فالقول قول المسلم اليه (لأن رب السلم متعنت في إنكاره الصحة لأن المسلم فيه يربو على رأس المال في العادة وفي عكسه قالوا يجب أن يكون القول لرب السلم عند أي حنيفة رجحه الله لأنه يدعي الصحة وإن كان صاحبه منكرًا وعندهما القول للمسلم اليه لأنه منكر وإن أنكر الصحة وسنقره من بعد إن شاء الله تعالى

هذه المسائل أهمها إذا اختلفا في الصحة فإن خرج كلام أحدهما مخرج التعنت وهو أن ينكر ما ينفعه كان باطلاً اتفاقاً والقول قول من يدعي الصحة وإن خرج مخرج الخصومة وهو أن ينكر ما يضره قال أبو حنيفة القول قول من يدعي الصحة أيضاً إذا اتفقا على عقد واحد وإن كان خصمه هو المنكر وقال القول قول المنكر وإن أنكر الصحة إذا عرف هذا جئنا إلى المسائل (أسلم إلى الرجل في كرف قال المسلم اليه شرط لك ردياً وقال رب السلم لم تشترط شيئاً فالقول قول المسلم اليه بالاتفاق) وهو قول الشافعي (لأن رب السلم متعنت) لأنه بانكار الصحة تمنكر ما ينفعه وهو المسلم فيه (لأنه) على كل حال (يربو على رأس المال في العادة) وإن كان رأس المال نقداً والمسلم فيه نسيئة لأن العسقل فاطبة على إعطاء هذا العاجل بذلك ألا تجل ولو لأنه يربو عليه وإن كان آجالاً لم تطبق آراؤهم عليه وكلام المتعنت مردود فيبقى قول الآخر بلا معارض وأما التوجيه بان الظاهر الصحة إلى آخره فيخص بأباحنفة تشبیه في غير هذا المحل والمراد هنا توجيه الاتفاق على أن القول لا يخرج وهو محال يقولان أن القول لمدعي الصحة دائماً لما لا يظهورها في مباشرة العاقد (وفي عكسه) بان ادعى رب السلم شرط الردي وأنكر المسلم اليه الشرط أصلاً لم يذكره محمد في الكتاب (وقالوا) أي المشايخ يجب (أن يقول القول لرب السلم عند أي حنيفة) وهو قول الشافعي (لأنه يدعي الصحة وإن كان صاحبه منكرًا) وكلامه خصومة (وعندهما القول للمسلم اليه لأنه منكر وإن أنكر الصحة) وسنقرر

وإن لم يصح القسح في الجارية بعد هلاكها قصد الماعرف أن ما ثبت ضمناً وتبعاً لشيء لا يعطى له حكم نفسه فيجب رد قيمتها والقول في القيمة قول الماطوب والبينة بينة الطالب وهو رب السلم فإن قيل ينبغي أن لا تصح الأقالة بعد هلاك الجارية لأن الجارية بعد الهلاك صارت بمنزلة المسلم فيه من حيث وجوب قيمتها ديناً في الذمة والمسلم فيه أيضاً قد سقط بالأقالة فصار بمنزلة هلاك العوضين في المقايضة وذلك يمنع الأقالة هناك فكذلك هنا وذلك أنه إذا هلك أحد العوضين في المقايضة ثم تقابلت هلاك الآخر تبطل الأقالة فلتنا في المقايضة الرد واجب بعد الأقالة وهلاك المبيع قبل القبض فوجب فسخ العقد وفي السلم قامت قيمة الجارية بمقام الجارية فلم يكن رد عين الجارية واجباً فكان قيام القيمة بمنزلة قيام الجارية فصار بمنزلة بقاء العوضين في بيع المقايضة فهناك تصح الأقالة فيه فكذلك هنا (قوله لأن رب السلم متعنت) المراد من المتعنت شرعاً من ينكر ما ينفعه والمخاصم من ينكر ما يضره (قوله لأن المسلم فيه يربو على رأس المال في العادة) فإن قيل لأن السلم بل رأس المال خير وإن قل لكونه نقداً والمسلم فيه وإن جمل فهو نسيئة قلنا نعم كذلك لأنه متروك هنا بالعرف والعادة فإن الناس مع وفور عقولهم يقدمون على عقد السلم وما ذلك إلا لما تدرأوه وأهافيه وكان فيه الغاء من النقدية بمقابلته زيادة فائدة رأوها في السلم فيه مع كونه نسيئة (قوله وفي عكسه) يعني يدعي رب السلم بيان الوصف والمسلم اليه ينكر (قوله وسنقره من بعد) وهو قوله بعده بخطوط القول

به ما يذكره بعد بخطوط القول لرب السلم عندهما وفي عبارته تسامح لأنهما استعملوا للبعد والمطابق ونقره ولو قال المسلم اليه لم يكن له أجل

المعنى والصورة كما سيجي (قوله لأن رب السلم متعنت في إنكاره صحة السلم لأن المسلم فيه إلى قوله فأنهما لما اتفقا على عقد واحد الخ) أقول فعلى هذا التقرير يكون التعرض لثبوت رب السلم ضابطاً يتم المقصود بدونه (قوله وإن كان ردياً) أقول مسلم إذا علم اشتراط العاقدين رداءة المسلم فيه (قوله فنكر صحة الصورة الخ) أقول الأصوب أن يقال فالمدعي ردة منكر في المعنى ليطابق السؤال والاستشهاد (قوله لكنهم مدع) أقول إن له

وقال رب السلم بل كان له أجل فالقول قول رب السلم لان المسلم اليه متعنت في انكاره لانه ينكر ما ينفعه وهو الاحل فان قيل لانسلم أنه متعنت لانه بانكاره يدعى فساد العقد وسلامة المسلم فيه له وهو رب على رأس المال في العادة فيكون القول للمسلم اليه وهو القياس أجاب المصنف (بأن الفساد بعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد) فان السلم الحال جائز عند الشافعي واذا لم يكن متيقنا بعدمه لم يلزم من انكاره رد رأس المال فلا يكون النفع برأس المال معتبرا (٢٣٨) بخلاف عدم الوصف وهو المسئلة الاولى فان الفساد بعدمه متيقن وفيه نظر لان بناء المسئلة

على خلاف مخالف لم يوجد (ولو قال المسلم اليه لم يكن له أجل وقال رب السلم بل كان له أجل فالقول قول رب السلم) لان المسلم اليه متعنت في انكاره حقه وهو الاحل والفساد بعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا يعتبر النفع في رد رأس المال بخلاف عدم الوصف وفي عكسه القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقه عليه فيكون القول قوله وان أنكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب لابل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال لانه ينكر استحقاق الربح وان أنكر الصحة وعند أبي حنيفة رحمه الله القول للمسلم اليه لانه يدعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متيقنين على الصحة طاهر بخلاف

المصنف الوحيد في تلك المسئلة التي تلي هذه (ولو قال المسلم اليه لم يكن فيه أجل وقال رب السلم فيه أجل فالقول قول رب السلم) أي بالاتفاق وكذا في مقداره وهو قول الشافعي لان كلام المسلم اليه هنا تعنت لانه ينكر ما ينفعه وما هو حقه (وهو الاجل) لان الاجل لثرفيه السلم اليه وهذا استحسان وأورد عليه ينبغي أن يكون القول لمن يدعى الفساد لان المسلم فيه لما كان في العادة رب على رأس المال كان انكار المسلم اليه الصحة خصوصاً فلا يكون متعنتاً وهذا لا يراد هو وجه القياس فاجاب عنه المصنف بقوله (والفساد لعدم الاجل ليس متيقنا) حتى يكون انكاره انكار الصحة داغاً في زيادة المسلم فيه لان السلم الحال جائز عند بعض المجتهدين (فلا يعتبر النفع في رد رأس المال) لانه ليس بلازم قطعاً (بخلاف عدم الوصف) كالرداءة ونحوها على ما تقدم فانه ملزوم قطعاً للفساد (وفي عكسه) وهو أن يدعى المسلم اليه الاجل ورب السلم ينكره (القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقه عليه) وهو زيادة الربح السكان في قيمة المسلم فيه على ما دخل في يده من رأس المال فصار (كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب بل شرطت لي نصف الربح فان القول لرب المال لانه ينكر استحقاق) (زيادة الربح) وان تضمن ذلك انكار الصحة ونفع في بعض النسخ نصف الربح وزيادة عشرة وهي غلط لان على هذا التقدير القول للمضارب ولان انكاره الزيادة على ذلك النقد لا على هذا (وعند أبي حنيفة القول للمسلم اليه) وهو قول الشافعي (لانه يدعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متيقنين على الصحة طاهراً) اذا اظهر من حال المسلم الامتناع عن العقد الفاسد ولانه هو المقيد لتمام الغرض المقصود من مباشرته وهو ثبوت الملك على وجهه لا يجب نقضه ورفع شراعه ولان شرط الشيء تبسعه فلا اتفاق على صدور هذا العقد اتفاق على صدور شرائطه فانكار الاجل انكار بعد الاقرار طاهر فلا يقبل وصار كالأختلاف الزوجان في التزوج بشهود أو بلاشهود فالقول لمن بدعيه بشهود (بخلاف

رب السلم عندهما لانه ينكر حقه عليه الى آخره (قوله والفساد لعدم الاجل غير متيقن) هذا جواب اشكال وهو أن يقال ان المسلم اليه غير متعنت في انكاره الاجل لانه برأس المال ويبقى لنفسه السلم فيه وهو أنفع له لان الفساد غير متيقن به لان الشافعي رحمه الله يجوز السلم الحال فلا يعتبر هذا النفع في رد رأس المال بخلاف عدم الوصف لان فساد السلم بسبب ترك الوصف متيقن به فلا يكون المسلم اليه متعنتاً في انكار الوصف بسلامة أكثر المالين له بهذا الانكار (قوله كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة) ذكر العلامة صاحب النهاية فيها هذا والصواب من نسخة وقع في بعض النسخ شرطت لك

على خلاف مخالف لم يوجد عند وضعها غير صحيح فالاولي أن يقال ان الاختلاف كان ثابتاً بين الصحابة ان ثبت ذلك وليس بطابق لما ذكره صاحب النهاية وغيره وفي عكسه وهو أن يدعى

المسلم اليه الاجل ورب السلم ينكره القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقه عليه وكل من هو كذلك فالقول قوله وان أنكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب لابل شرطت لي نصف الربح فان القول لرب المال لانه ينكر استحقاق الربح وان أنكر الصحة وعند أبي حنيفة القول قول المسلم اليه لانه يدعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد لان السلم عقد واحد اذا السلم الحال فاسد ليس بعقد آخر واختلفا في جوازه

وفساده وكانا متيقنين على الصحة طاهر الوجهين أحدهما أن الظاهر من حالهما مباشرة العقد بصفة الصحة والثاني ان الاقدام على العقد التزام لشرايطه

والاجل من شرائطه لم فكان اتفقا على العقد اقراراً بالصحة فانكاره بعد سماعه في نقض ما تم به وانكاره بعد مسئلة الاقرار وهو مردود بخلاف المضارب فانه ما اذا اختلفا فيها تنوع محل الاختلاف فانه اذا فسدت كانت اجارة واذا صححت كانت شركة فاذا اختلفا فالمدعى للصحة مدعى للعقد والمدعى للفساد مدعى لعقد آخر بخلافه ووحدة العقد

حق النسخ (قوله والثاني ان الاقدام على العقد التزام لشرايطه) أقول لشرايط العقد أولها شرط صحة الاول مسلم وليس الاجل من شرائط العقد بل من شرائط صحة الثاني غير مسلم

عند الاختلاف في الجواز والفساد تستلزم اعتبار الاختلاف الموجب للتناقض المردود لو حدة المحل وعدم وحدته تستلزم عدم اعتبار الاختلاف لاختلاف المحل ولما كان السلم عقدا واحدا كان الاختلاف فيه انكارا بعد الاقرار وهو (٢٣٩) تناقض فلم يعتبر الانكار وأما

المضاربة فبأنه ليس بالزم فلا يعتبر الاختلاف فيه فيبقى مجرد دعوى استحقاق الربح أما السلم فلازم فصار الأصل أن من خرج كلامه تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق وان خرج خصومة وتوقع الاتفاق على عقد واحد فالقول للمدعي الصحة عنده وعندهما المنكر وان أنكر الصحة

المضاربة (ب) لأنه أي عقد المضاربة (ليس بالزم) ولهذا يتم كبر المال من عزله قبل شرائه برأس المال وكذا المضاربة به فسخه وإذا كان غير لازم ارتفع باختلافهما وإذا ارتفع بقي دعوى المضاربة في استحقاق الربح ورب المال ينكره فالقول له (أما السلمة) عقد (لازم) فلا يرتفع بالاختلاف فيمكن مدعي الفساد متناقضا ظاهرا كما ذكرنا ولا نول عقد المضاربة إذا صح كان شركة وإذا فسد صار اجارة فلم يتفقا على عقد واحد فان مدعي الفساد يدعي الاجارة ومدعي الصحة يدعي الشركة فكان اختلافهما في نوع العقد بخلاف السلم الحلال وهو ما يدعيه منكر الاجل سلم فاسد لا عقد آخر فلهذا يحتج به في عينه لا يسلم في شيء فقد اتفقا على عقد واحد واختلغا في صحته وفساده فالقول للمدعي الصحة واستشكك بما قال في المضاربة برأس المال شرطت نصف الربح وزيادة عشرة فان القول للمضارب يلزم قبل الاختلاف في نوع العقد أجيب بان المضارب ادعى الشركة والصحة ورب المال أقره بذلك بقوله شرطت لك نصف الربح ثم قوله وزيادة عشرة عطفا عليه يدعي الفساد لان أول الكلام لا يتوقف على آخره فيه بخلاف قوله الا عشرة بالاشتناء فإنه يتوقف اذ صدر الكلام مع الاستثناء كلام واحد قيل فيه نظر لان في الأصول فيما اذا زوجه الفضولي أختين في عقدتين فقال أحزن نكاح هذه وهذه يفسدان لانه توقف أوله على آخره بوجود الغير في آخره وان كان يحرف العطف وأورد أضافا اذا قال تزوجت بك وأنا صغير وقالت بل بعد بلوغك فالقول للزوج مع انه يدعي فساد العقد أجيب بأنه ما أقر باصل العقد بل أنكره حيث أسنده الى حال عدم الاهلية * واعلم أن انكار الاجل على ثلاثة أوجه أحدها في أصل الاجل وهي

نصف الربح وزيادة عشرة وهذا ليس بصحيح لانه على ذلك التقدير كان القول قول المضارب وفي صورة لفظ الاستثناء كان القول قول رب المال والمقيس عليه في هذه المسئلة في شروح المبسوط وشروح الجامع الصغير للامام قاضيان والتمرتا مني والقوائد الظهيرية والبيعية وغيرها باللفظ الاستثناء لما ذكرنا أن في صور لفظ الاستثناء كان القول قول رب المال وفي قوله وزيادة عشرة كان القول للمضارب بالاجماع كذا ذكر في النهاية وذكر فيها وجه الفرق بين العبارتين (قوله لانه ليس بالزم) أي لان عقد المضاربة ليس بعقد لازم لان كل واحد من رب المال والمضارب يتم من فسخه بعد عقد المضاربة وإذا كان غير لازم يرتفع العقد باختلاف المتعاقدين وإذا ارتفع العقد بالانكسار بقي دعوى المضاربة في مال رب المال والقول للمنكر وهو رب المال وأما السلم فعقد لازم فبالاختلاف لا يرتفع العقد وانما يرتفع العقد عند رفع المتعاقدين معا فمكان القول قول من يدعي الصحة وذكر الامام قاضيان رحمه الله ولا يخفى ترجمته والله اعلم بالاتفاق على عقد واحد واختلغا في الصحة والفساد فيكون القول قول من يدعي الصحة كالمتناكحين اذا اختلفا فاحدهما يدعي النكاح بغير شهود والآخر يشهد كان القول قول من يدعي بشهود بخلاف مسئلة المضاربة لان ثمة اتفاقا على عقد واحد لان المضاربة إذا صححت تكون شركة وإذا فسدت كانت اجارة لا تعامل وان كان الظاهر من حاله أنه لا يباشر الفساد لا يكون الظاهر من حاله أنه لا يباشر العقد الآخر ولا يلزم على ما قلنا اذا اختلفا في النكاح فقال الزوج تزوجت بك حين كنت صغيرة وأقالت المرأة تزوجتني بعد البلوغ فان القول قول الزوج وان كان فيه فساد العقد لان ثمة ما أقر بالعقد بل أنكر العقد حديث أسند الى حال عدم الاهلية وفي بعض النسخ ولانه ليس بالزم من واو العطف وهو الظاهر لانه فرق آخر بين عقد السلم وعقد المضاربة بالالزام وعدمه والاول فرق آخر باتحاد العقد وتعدد دل عليه قوله وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على

والآخر بالف وخمسائة على ما سبق فيكون النفي والاثبات وردا على محل واحد وهو باطل فيكون القول للمدعي الصحة وهو المضارب كافي السلم وهذا المحل مختص بهذا الكتاب وجهه المقل موعه

قال (ويجوز السلم في الثياب
الح) السلم في الثياب جائز إذا
بسين الطول والعرض
والرقة يقال رقة هذا
الثوب جيدة وراد غلظه
ونخاته لأنه أسلم في معلوم
مقدور التسليم وإن كان
ثوب حريز وهو المتخذ من
الابرسم المطبوخ لا بد من
بيان وزنه أيضا لأن فجة
الحريز تختلف باختلاف
الوزن فذكر الطول
والعرض ليس بكاف ولا ذكر
الوزن وحده لأن المسلم
اليوم بما يأتي وقت حصول
الاجل بقطع حريز بذلك
الوزن وليس ذلك بمسراد
لاحتماله وأما في اثياب فالوزن
ليس بشرط وذكر شمس
الأئمة السر نحى رحمه الله
اشتراط الوزن في الوزاري
وما يختلف بالثقل والخفة

الصحة ظاهر بخلاف المضاربة أي لم يتفق فيها على عقد واحد لان الغاسد منه يكون اجارة (قوله اذا بين طولا وعرضا) يعني بعد ذكر الجنس والنوع والصحة ورقة معلومة يقال ورقة هذا الثوب جيدة براديه غلظه وثخانتة (قوله وان كان ثوب حرا) بل بدمن بيان وزنه (أيضا) وذ كرفي المبسوط واذا أسلم في الحرير ينبغي أن يشترط الوزن لان قيمة الحرير تختلف باختلاف الوزن وينبغي أن يشترط الطول والعرض مع الوزن لان المسلم اليه ربما ياتي وقت حلول الاجل يقطع الحرير بذلك الوزن ونحن نعلم بقيمته انه لم يرد به قعاع الحرير وأما في الشيا ب فلا يشترط الوزن وذ كرمس الأثمة وجمه الله اشتراط الوزن في الوزاري وما يختلف بالثقل والخفة وفي المنتقى

للاجتماع الثابت بالتعامل وفي القياس لا يجوز لانه يبيع المعدوم والصحيح أنه يجوز بيع العدة

اصنع لي خفا طوله كذا وسعته كذا أو دستا أي برمة تسع كذا أو زنها كذا على هيئة كذا بكذا ويعطى الثمن المسمى أو لا يعطى شيئا فيعقد الاجماع مع جازا استحسنانا ببعالعين والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي اذا لم تكن اجارة لانه استبحر على العمل في ملك الاجير وذلك لا يجوز كما قال اجل طعمامك من هذا المكان الى مكان كذا بكذا أو اصبح فوبك أجبر بكذا لا يصح ولا يبعالانه يبيع معدوم ولو كان موجودا يملو كالفير العاقل لم يجز فاذا كان معدوما فهو أولى بعدم الجواز ولا تجوزناه استحسنانا للتعامل الرجوع الى الاجتماع العملي من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليوم بلانكبير والتعامل بهذه الصفة أصل مندوج في قوله صلى الله عليه وسلم لا تجتمع أمتي على ضلالة وقد استضع رسول الله صلى الله عليه وسلم خاتموا واحتمهم صلى الله عليه وسلم وأعطى الخيام مع أن مقدار على الخيمة وعدد كرات وضع المحام ومصها غير لازم عند أخذ ومثله شرب المساء من السقاء وسبع صلى الله عليه وسلم بوجود الحمام فاباحه بمز رولم يبين له شرطوا تعامل الناس بدخوله من لدن العبادة والتابعين على هذا الوجه الا أنه هو أن لا يذ كر عدد ما يصبه من مل الطاسة ونحوها فقصرناه على ما فيه تعامل وفيما لا تعامل فيه رجعتنا فيه الى القياس كأن يستصنع حائكاً أو خياطاً ليسج له أو بخيطا قيمه يغزل نفسه ثم اختلف المشايخ أنه مواعدة أو معاودة فالحاكم الشهيد والصغار ومحمد بن سلمة وصاحب المنثور ومواعدة وانما لا ينعقد عند الفراغ ببيعها بالتعاطي ولهذا كان للصانع أن لا يعمل ولا يجبر عليه بخلاف السلم والمستضع أن لا يقبل ما يأتي به ويرجع عنه ولا تلزم المعاملة وكذا المزارعة على قول أبي حنيفة لفساد همام التعامل لثبوت الخلاف فيهما في الصدر الاول وهذا كان على الاتفاق والصحيح من المذهب جواز بيع العدة كرفيه القياس والاستحسان وهما لا يجريان في المواعدة ولانه جوزه في ما فيه تعامل دون ما ليس فيه ولو كان مواعدة جاز في الشكل وسماء شراء فقال اذا رآه المستصنع فهو بالخيار لانه اشترى مالم يره ولان الصانع يملك الدراهم بقضائها ولو كانت مواعيد لم يملكها واثبات أبي اليسر الخيار لكل منهما لا يدل على أنه غير يبيع الا ترى أن في بيع المعاوضة لولم يترك منهما عين الاخر كان لكل منهما الخيار وحسن لزم جوازه علمنا أن الشارع اعتبر فيها المعدوم موجودا وفي الشرع كثير كذلك كطهارة المستحاضة وتسمية الذابح اذا نسيتها والرهن بالديس الموعود وقراءة المأموم وقوله

بالاجتماع الثابت بالتعامل الجواز ثابت بالاجماع وانما الاختلاف في أنه يبيع أو عدة أو اجارة فان قيل يشك على هذا الاستدلال على الجواز بتعامل الناس بمسئلة المزارعة على قول أبي حنيفة رحمه الله فان المزارعة والمعاملة فاسدتان عنده وان كان للناس فيهما تعامل قلنا كذلك فان الخلاف فيهما كان ثابتا في الصدر الاول وهذا كان على الاتفاق كذا ذكره الامام فاضل خان رحمه الله وفي القياس لا يجوز لانه يبيع المعدوم وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع المعدوم وجه الاستحسان أن النبي عليه السلام استصنع خاتموا ومنبراولان المسلمين تعاملوه من لدن رسول الله عليه السلام الى يومنا هذا من غير تكبير فنزل منزلة الاجتماع وهو كدخول الحمام باجر فانه جائز استحسنانا للتعامل الناس والقياس بآبي جوازه لان مقدار المكث وما يصب من الماء مجهول وكذا لو قال لسقاء اعطني شربة ماء بفلس أو واحتمهم باجر فانه يجوز ولتعامل الناس وان لم يعرف قدر ما يشرب ولم يكن قدر ما يحتجم من طهره معلوما والاصل فيه قوله عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وقروا أو الاستصناع حسنا فكان حسنا (قوله والصحيح أنه يجوز بيع العدة) وكان الحاكم الشهيد رحمه الله يقول الاستصناع مواعدة وانما لا ينعقد العقد بالتعاطي اذا جابه مفروغا عنه ولهذا يثبت الخيار لكل واحد منهما والصحيح عند الجمهور وأنه يبيع لان محمد ارجه الله سماء شراء فقال كان المستصنع اذا رآه بالخيار لانه اشترى مالم يره وذ كر فيه القياس والاستحسان وفصل بين ما فيه تعامل وبين ما لا تعامل فيه والمواعيد تجوز قياسا واستحسنانا في الشكل والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما كتسمية الناسي عند الذبح جعلت موجودة حكما لعذر

وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وهذا ليس بسلم لانه لم يضرب له أجل اليه أشرك قوله بغير أجل وجه الاستحسان الاجتماع الثابت بالتعامل فان الناس في سائر الاعصار تعارفوا الاستصناع في ما فيه تعامل من غير تكبير والقياس بتركه كدخول الحمام ولا يشك بالميزاة فان فيها للناس تعامل وهي فاسدة عند أبي حنيفة رحمه الله لان الخلاف فيها كان ثابتا في الصدر الاول دون الاستصناع واختلافوا في جوازه هل هو بيع أو عدة والصحيح أنه يبيع لعدة هو مذهب عامة مشايخنا وكان الحاكم الشهيد يقول هو مواعدة ينعقد العقد بالتعاطي اذا جابه مفروغا ولهذا يثبت لكل واحد منهما الخيار وجه العامة

(قوله ولهذا يثبت لكل واحد منهما الخيار) أقول أي في رواية عن أبي حنيفة

أنه سماه في الكتاب بيعاً وأثبت فيه خيار الرؤية وذكر القياس والاستحسان ولا يجرى فيما فيه تعامل لا فيما لا تعامل فيه كما إذا طلب من الخائف أن ينسج له ثوباً بخزله من عنده أو الخياط أن يخيط له قميصاً بكر يأس من عنده والمواعدة تجوز في الشكل وثبوت الخيار لكل منهما لا يدل على المواعدة ألا ترى أنهم لما إذا تبايعا عرضاً بعرض ولم يترك كل واحد منهما ما اشتراه فإن لكل واحد منهما خيار وهو يبيع محض لا مبالاة فإن قيل كيف يجوز أن يكون بيعاً والمعدوم لا يصلح أن يكون مبيعاً أجاب (بان المعدوم قديم بمرور وجوده حكماً) كالنسيء للتمهية عند الذبح فإن التمهية جعلت من وجودة لعذر النسيان والطهارة للمستحاضة جعلت من وجودة لعذر جواز الصلوات لثلاثة أضعاف الواجبات فكذلك المستصنع المعدوم جعل من وجوده حكماً للتعامل فإن قيل انما يصح ذلك أن لو كان المعقود عليه هو العين المستصنع والمعة ودفعه عليه هو الصنع أجاب (بان المعقود عليه هو العين دون العمل حتى لو جاء به مفر وغلاماً من صنعة أو من صنعة (٢٤٣) قبل العقد فاخذ جاز) وفيه نفي لقول أبي سعيد البردعي فإنه

والمعدوم قديم بمرور وجوده حكماً والمعقود عليه العين دون العمل حتى لو جاء به مفر وغلاماً من صنعة أو من صنعة قبل العقد فاخذ جاز ولا يتعين إلا بالخيار حتى لو باعنا الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز وهذا كله هو الصحيح قال (وهو بالخيار إذا رآه أن شاء أخذه وإن شاء تركه) لأنه اشترى شيئاً لم يره ولا خيار للصانع كذا (والمعقود عليه العين دون العمل) نفي لقول أبي سعيد البردعي المعقود عليه العمل لأن الاستصناع ينشأ عنه النسيان وكطهارة المستحاضة كما أن الموجد حقيقة يجعل معدوماً للعذر كالماء المعد لدفع العطش يجعل معدوماً حكماً حتى جاز التيمم لو جوده حقيقة فكذلك هنا المستصنع معدوم بحصول وجوده حكماً للتعامل وقد تحققت الحاجة هنا إذ كل أحد لا يجد خفاً أو اقرب رجله أو خاتماً أو واقاً أصبعه ويبيع المعدوم قديم بمرور الحاجة أصله يبيع المنافع (قوله والمعقود عليه العين دون العمل) قال أبو سعيد البردعي رحمه الله المعقود عليه العمل لأن الاستصناع استتعمال من الصنع وهو العمل فتمهية العقد به يدل على أنه معقود عليه والديم آلة العمل وإنما ينعقد بيعاً عند التسليم والصحيح أن المعقود عليه هو العين المستصنع فيه ولهذا لو جاء به مفر وغلاماً من صنعة أو من صنعة قبل العقد فاخذ جاز فإن قيل لو كان بيعاً بالمطل بطلت البيع المستصنع وذكر الامام قاضيان رحمه الله أن الاستصناع يبطل بموت أحدهما أو بطلت بموت أحدهما أو بموت أحدهما قلنا للاستصناع شبهة بالاجارة من حيث أن فيه طلب الصنع وهو العمل وشبهه بالبيع من حيث أن المعقود عين المستصنع فله شبهة بالاجارة قلنا يبطل بموت أحدهما أو لشبهه بالبيع وهو المقصود أجزاً بنا القياس والاستحسان وأثبتنا فيه خيار الرؤية ولم يوجب تعجيل الثمن في مجلس العقد كفي بيع العين وفي الذخيرة وينعقد الاستصناع اجارة ابتداءً أو بيعاً انتهاءً متى أسلم ولكن قبيل التسليم ولهذا يبطل بموت الصانع ولا يستوفي المصنوع من تركه ولو انعقد بيعاً ببدء التسليم وانتهى لمكان لا يبطل بموته كفي بيع العين والتسليم ويثبت له خيار الرؤية ولو كان ينعقد عند التسليم لا قبله بساعة لم يثبت خيار الرؤية لأنه لا يكون مشترى بالمارأ والمعنى في ذلك أن المستصنع طلب منه العمل والعين جيباً ولا بد من اعتبارهما واعتبارهما جميعاً في حالة واحدة متعذر لأن بين البيع والاجارة تنافياً فجوزنا اجارة ابتداءً لأن عدم المعقود عليه لا يمنع انعقاد الاجارة ويمنع انعقاد البيع فاعتبرناهما جميعاً لتوفرهما على الأمر من حفظهما كفي الهبة بشرط الغرض فإن قيل لو كان ينعقد اجارة لمكان الصانع يجبر على العمل قلنا قد قيل أنه لا خيار للصانع ولأنه انما يجبر على العمل وإن كان ينعقد اجارة لأنه لا يمكنه العمل إلا باتلاف عين ألا ترى أن المزارع له أن يمنع من العمل إذا كان البذر من جهته ورب الأرض كذلك (قوله وهذا كله هو الصحيح) راجع إلى المقصود فيه العمل وذلك اجارة وردت على العمل في عين المشتأجر وههنا الأصل هو العين المستصنع المألول للصانع فيكون بيعاً لمالكه له وجود من حيث وصفه إلا بالعمل أشبه الاجارة في حكم واحد لا غير (ولا يتعين) المستصنع (الاختيار) المستصنع (حتى لو باع الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز وهذا كله) أي كونه بيعاً لا معدوماً ويكون المعقود عليه هو العين دون العمل وعدم تيممه الاختيار (هو الصحيح) وهو احتراز عما قيل في كل منها على خلاف ذلك قال (وهو بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه الخ) أي المستصنع بعد الرؤية بالخيار إن شاء أخذه وإن

(قوله ألا ترى أنهم إذا تبايعا الخ) أقول وللحاكم الشهيد أن يقول فيما ذكرتم كل واحد مشترى لم يره فلهذا في بيعنا نحن فيه لا يمكن أن يجعل الصانع مشترى بالمالم يره فلا وجه لخياره إلا ما ترقاه فتأمل (قوله فإن قيل انما يصح ذلك الخ) أقول الجهره نوع فإنه يجوز أن يعتبر الصانع المعدوم وجوداً الآن يقال المشار إليه بقوله ذلك كونه بما لا اعتباره موجوداً

شاه تركه لانه اشترى مالم برة ومن هو كذلك فله الخيار كما تقدم ولا خيار للصانع كذا ذكر في المبسوط فيجوز على العمل لانه بائع مالم برة ومن هو كذلك لا خيار له وهو الاصح بناء على جعله بيعا لعدة وعن أبي حنيفة ان له الخيار أيضا ان شاء فعل وان شاء ترك دفع المضر عنه لانه لا يمكنه تسليم المنة ودفعه الى المضر وهو قطع الصرم واتلاف الخيط وعن أبي يوسف أنه لا خيار لهما أما الصانع فلماذا كرنا وأما المستصنع فلان الصانع ألتف ماله بقطع الصرم وغيره ليصل الى بدله فلو ثبت له الخيار تضرر الصانع لان غيره لا يشتر به مثله ألا ترى أن الواعظ اذا استصنع منبر ولم يأخذه فالعالم لا يشتر به أصلا فان قيل المضر يحصل برضاه فلا يكون معتبرا أوجب بجواز أن يكون الرضا على ظن أن المستصنع يحب ورعى القبول فلم يعلم اختياره عدم رضاه فان قيل ذلك لجهل منه وهو لا يصلح عذرا في دار الاسلام أوجب بان خيار المستصنع اختيار بعض المتأخرين من أصحابنا ولم يجب على كل واحد من (٢٤٤) المسلمين في دار الاسلام علم أنوال جميع المجتهدين وانما الجهول ليس بعذر في دار الاسلام

ذكره في المبسوط وهو الاصح لانه بائع مالم برة وعن أبي حنيفة ترجحه انه ان له الخيار أيضا لانه لا يمكنه تسليم المنة ودفعه الى المضر وهو قطع الصرم وغيره وعن أبي يوسف أنه لا خيار لهما أما الصانع فلماذا كرنا وأما المستصنع فلان في اثبات الخيار له اضرا بالالصانع لانه بما لا يشتر به غيره بمثله ولا يجوز فيما لا تعامل فيه للناس كالتياب لعدم المحوز وفيما فيه تعامل انما يجوز اذا أمكن اعلامه بالوصف لئلا يمكن التسليم وانما قال بغير أجل لانه لو ضرب الاجل فيه فيه تعامل بصير سلما عند أبي حنيفة خلافا لهما ولو ضرب فيه فيما لا تعامل فيه بصير سلما بالاتفاق لهما أن اللفظ حقيقة للاستصناع فيصاف على قضيته ويحمل الاجل على التجمل

كما قلنا والاديم والصرم بمنزلة الصبغ والدليل عليه ما ذكرناه من قول محمد لانه اشترى مالم برة ولذا لو جاء به مفروغا لامن صنعة أو من صنعة قبل العقد فاخذه جاز وانما بطله بون الصانع لشبهه بالاجارة وفي الذخيرة هو اجارة ابتداء ببيع انتهاء لكن قبل التسليم لا عند التسليم بدليل أنهم قالوا اذا مات الصانع بطل ولا يستوفى

قوله أنه يجوز بيعا لعدة والمعقود عليه العين دون العمل وقوله ولا يتعين بالا اختيار لما أن في كل واحد منها قول آخر (قوله الابضر وهو قطع الصرم) فان قيل قطع الصرم لا يعتبر ضررا في حقه لانه رضى به قلنا جاز أن يكون رضاه بسبب ظن أن المستصنع يحوز على القبول وأنه يجتهد فيه (قوله فلماذا كرنا) إشارة الى قوله ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط (قوله اذا أمكن اعلامه بالوصف) وصورته أن يجيئ انسان الى آخر فيقول اخبرني في خصاصته كذا وقدره كذا بكذا درهم أو يقول للصانع اصنع لي خاتمان فضلتك وبين وزنه وصفته وبسلم الثمن كله أو بعضه ولا يسلم (قوله لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل بصير سلما عند أبي حنيفة رحمه الله) فيشترط فيه شرائط السلم من قبض رأس المال في المجلس وعدم الخيار لر ب السلم اذا أتى بالمصنوع على الوصف الذي وصفه والمراد الاجل الذي يضرب للسلم فقال في المبسوط هذا اذا ذكر المدة على سبيل الاستمهال أما اذا كان على سبيل الاستعمال بان قال على أن يفرغ منه غدا أو بعد غد فهذا لا يكون ساما لان ذكر المدة للفرغ من العمل لا لتأجيل المطالبة بالتسليم ألا ترى أنه ذكر أدنى مدة يمكنه الفراغ فيها من العمل ويحكى عن الهندوا في أن ذكر المدة من قبل المستصنع فهو للاستعمال فلا يصير به ساما وان كان الصانع هو الذي ذكر المدة فهو سلم لانه يذ كره على سبيل الاستمهال وقيل ان ذكر أدنى مدة يمكن فيها من العمل فهو استصناع وان كان أكثر من ذلك فهو سلم لان ذلك يختلف باختلاف الاعمال فلا يمكن تقديره بشئ معلوم (قوله فيحافظ على قضيته) يعني أن العمل بحقيقة اللفظ واجب الا اذا صر عنه الحقيقة

في الفرائض التي لا بد لاقامة الدين منها في حياز فاجتهد جميع المجتهدين وفيه نظر لان غير الاب والجد اذا زوج الصغيرة بغير ثم باغت فان لها خيار البلوغ فان سكنت لجهلها بان لها الخيار بطل خيارها لان الجهل في دار الاسلام ليس بعذر مع أنه ليس من الفرائض التي لا بد لاقامة الدين منها ولا يجوز الاستصناع فيها لاتعامل فيه كما ذكرنا من الثياب والقمصان ابتداء على القياس السالم عن معارضة الاستحسان بالاجماع وقوله بغير أجل في أول المسئلة احترام عاذا ضرب به أجل فيما فيه تعامل فانه حينئذ يكون سلما عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وأما اذا ضرب الاجل فيما لا تعامل فيه فانه بصير سلما بالاتفاق والمراد بضرب الاجل ما ذكره على

سبيل الاستمهال أما المذ كور على سبيل الاستعمال بان قال على أن يفرغ غدا أو بعد غد لا يصير سلما لان ذكره حينئذ بخلاف للفرغ لا لتأخير المطالبة بالتسليم ويحكى عن الهندوا في أن ذكر المدة ان كان من قبل المستصنع فهو للاستعمال فلا يصير به ساما وان كان من قبل الصانع فهو سلم لانه يذ كره على سبيل الاستمهال وفيما اذا صار سلما يتبر شرائط السلم المذكورة لهما في الخلافية ان اللفظ حقيقة في الاستصناع وتقر به ان ذكر الاستصناع يقتضي أن لا يكون سلما لان اللفظ حقيقة فيه وهو يمكن العمل وذكرا لاجل يقتضي أن يكون سلما لكنه ليس بحكم فيه بل يحتمل أن يكون للتجمل واذا كان كذلك فقد اجتمع المحكم والمجمل فيحمل الثاني على الاول

(قوله وعن أبي يوسف أنه لا خيار لهما أما الصانع فلماذا كرنا) أقول ذكره قبل أسطر وهو قوله لانه بائع مالم برة (قوله اختيار بعض المتأخرين الخ) أقول بل هو ظاهر الرواية عن أئمتنا الأئمة لا منافاة بينهم ما فتأمل (قوله وفيه نظر لان غير الاب الخ) أقول لا يخفى عليك أن مال هذا النظر للتسليم على السند الاخير وانه لا يجدي نفعه (قوله يعتبر شرائط السلم) أقول من تجمل رأس المال واستقصاه الوصف وعدم جواز

(بخلاف ما لا تعامل فيه فإنه استصناع فاسد فيعمل على السلم الصحيح ولا يحنيفه رحمه الله أنه دين يحتمل السلم) وتقرره لأن السلم أن اللفظ محكم في الاستصناع فإن ذكر الاجل أدخله في حيز الاحتمال وإذا كان محتملاً للمرين (٢٤٥) كان له على السلم أولى لان جوازه

بالاجماع بلا شبهة فيه (وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة) يريد به أن في فعل الصباغة في تعاملهم الاستصناع شبهة ولأن السلم ثابت بآية المدائنة والسنة دون الاستصناع

(مسائل منشورة)

أى هذه مسائل من كتاب البيوع نثرت عن أبوابها ولم تذكرها فاستدركت بذكرها هنا قال (ويجوز بيع الكلب والفهد

والسباع) بيع الكلب وكل ذى ناب من السباع جائز معلما كان أو غير معلم

في رواية الاصل أما الكلب المعلم فلا شك في جواز بيعه

لأنه آلة الحراسة والاصطياد فيكون محل البيع لانه

منتفع به حقيقة وشرا فيكون مالا وأما غير المعلم فلا يمكن أن ينتفع به

بغير الاصطياد فان كل كلب يحفظ بيت صاحبه

ويمنع الاجانب عن الدخول في بيته ويخبر عن الجاني بنباحه فساوى المعلم في الانتفاع به

(وعن أبي يوسف أن بيع الكلب العقور) أى

الجراح (لا يجوز لانه غير منتفع به) ولانه صلى الله

عليه وسلم نهى عن امساكه خيار الرؤية (قوله يريد به أن في فعل الصباغة في تعاملهم

بخلاف ما لا تعامل فيه فإنه استصناع فاسد فيعمل على السلم الصحيح ولا يحنيفه رحمه الله أنه دين يحتمل السلم وجواز السلم بالاجماع لا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحل على السلم أولى والله أعلم

(مسائل منشورة)

قال (ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء) وعن أبي يوسف أنه لا يجوز بيع الكلب العقور لانه غير منتفع به

المصنوع من تركته ذكره محمد في كتاب البيوع فان قيل لو انعقد اجارة أجبر الصانع على العمل والمستصنع على اعطاء المسمى أجيب بأنه انما لم يجبر الصانع لانه لا يمكنه الا بالتلاف عين له من قطع الاديم ونحوه والاجارة تفسخ بهذا العذر ألا ترى أن المزارع له أن لا يعمل اذا كان البذر من جهته وكذا رب الارض لانه لا يمكنه المنع من هذه الاجارة الا بذلك والمستصنع ولو شرط تجب له لان هذه الاجارة في الاسخوة كسرا مال به ولان جواز الاستصناع للحاجة توهى في الجواز لا الزوم ولذا قلنا للصانع أن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع لان العقد غير لازم وأما بعد ما رآه فلا صح أنه لا خيار للصانع بل اذا قبله المستصنع أجبر على دفعه لانه بالاسخوة بائع والله أعلم

(مسائل منشورة)

المسائل التي تشد عن الابواب المنقذة فلم تذكر فيها اذا استدركت سميت مسائل منشورة أى منفردة عن أبوابها (قوله ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء) هكذا أطلق في الاصل فشى بعضهم على اطلاقه كالقدوري وفي نوادر هشام عن محمد نص على جواز بيع الكلب العقور وتضمن من قتله قيمته وروى الفضل بن غانم عن أبي يوسف نصه على منع بيع العقور وعلى هذا مسمى في المبسوط فقال يجوز بيع الكلب اذا كان بحال يقبل التعليم ونقل في النوادر أنه يجوز بيع الجرو لانه يقبل التعليم وانما لا يجوز بيع الكلب العقور الذي لا يقبل التعليم وقال هذا هو الصحيح من المذهب قال وهكذا نقول في الاسد اذا كان يقبل التعليم ويصطاده يجوز بيعه وان كان لا يقبل التعليم والاصطياد به لا يجوز قال والفهد والمبارى يقبلان التعليم فيجوز بيعهما على كل حال انتهى فعلى هذا ينبغي أن لا يجوز بيع النمر بحال لانه لشره لا يقبل تعليمه وفي بيع القرد روايتان عن أبي حنيفة رواية الحسن الجواز ورواية أبي يوسف بالمنع وقال أبو يوسف كره بيعه لانه لا منفعة له انما هو للهو وهذه جهة متوجهة رواية الجواز أنه يمكن الانتفاع

صارف وذ كراجل لا يصرفه عنها لان ذكره قد يكون للاستجمال كما لو قال لخطاط خط هذا الشوب غدا فيعمل على حقيقة الاستصناع (قوله وجواز السلم باجتماع لا شبهة فيه) أى باجتماع الصباغة (قوله وفي تعاملهم نوع شبهة) فان عند زفر والشافعي رحمه الله لا يجوز ولانه نقل من الصباغة بقرضى الله عنهم تعاملهم السلم وتايد الاجماع في السلم بظاهر الكتاب والسنة المشهورة وفي نقل الصباغة في تعاملهم الاستصناع شبهة فكان الحل على السلم أولى والله أعلم

(مسائل منشورة) (قوله ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء) لاشك في جواز بيع المعلم وأما بيع كلب غير معلم فقد ذكره شمس الأئمة المرحوم رحمه الله أنه اذا كان بحال يقبل التعليم يجوز بيعه قال رحمه الله وهو الصحيح من المذهب وهذا لانه اذا كان يقبل التعليم كان منتفعا به فيكون مالا لا يبيع والدليل عليه أنه ذكر في النوادر أنه لو باع الجرو جاز بيعه لانه يقبل التعليم وانما لا يجوز بيع العقور الذي لا يقبل التعليم وهكذا نقول في الاسد اذا كان بحيث يقبل التعليم ويصطاده يجوز بيعه وان كان لا يقبل التعليم والاصطياد به لا يجوز البيوع وأما المنفعة فقد اختلف الروايات فيه عن أبي حنيفة روى الحسن رحمه الله أنه يجوز بيعه وروى أبو يوسف رحمه الله أنه لا يجوز بيعه وروى ابن رستم عن محمد

الاستصناع شبهة) أقول ظاهره مخالف ما أسلفه في رأس الصحيفة السابقة من الفرق بين الاستصناع والمزادة ثم أقول قال الاتقاني في تعليل الشبهة لأن الشافعي ينكر الاستصناع انتهى وأنت خبير بان قول الشارح أقرب من قول الاتقاني

(مسائل منشورة)

وأمر بقتله قلنا كان قبل ورود الرخصة في اقتناء الكلب للصيد أو للماشية أو للزرع (وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب لقوله صلى الله عليه وسلم إن من السحت مهر البغي وثمن الكلب) السحت هو الحرام والبغي الزانية فعيل بمعنى فاعل وترك الناء الحاقاً بغيره بمعنى مفعول كقولهم ملهفج جديد (ولأنه نجس العين) بدلالة (٣٦) نجاسة سورة فانه متولد من اللحم وما كان كذلك لا يجوز بيعه لأن النجاسة تشعير

وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب لقوله عليه الصلاة والسلام إن من السحت مهر البغي وثمن الكلب ولأنه نجس العين والنجاسة تشعير وهو أن المحل وجواز البيع يشعير بأعزازه فكان منتفياً ولأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية

بجلده وهذا هو وجه رواية إطلاق بيع الكلب والسباع فانه مبني على أن كل ما عكس الانتفاع بجلده أو عظمه يجوز بيعه ويجوز بيع الهرة لأنها تصطاد الغار والهام المؤذية فهي منتفع بها ولا يجوز بيع هوام الأرض كالخنافس والعقارب والقارعة والنمل والوزغ والقناذل والضب ولا هوام البحر كالضفدع والسرطان وذكريات البهائم أنه يجوز بيع الحيات إذا كان ينتفع بها في الأدوية وإن لم ينتفع فلا يجوز ويحوز بيع الدهن النجس لأنه ينتفع به للاستصباح فهو كالسرقين وأما العسرة فلا ينتفع بها إلا إذا خلط بالتراب فلا يجوز بيعها لا تتبع للتراب المخلوط بخلاف الدم ينتفع مطلقاً (قوله وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب) مطالعاً سواء كان للصيد أو لم يكن وأما اقتناؤه للصيد وحراسة الماشية والبيوت والزرع فيجوز بالإجماع لكن لا ينبغي أن يتخذ في داره إلا أن خاف لصواً وأعداء للعديث الصبيح من اقتنى كلباً إلا كلب صيد أو ماشية نقص من أجره كل يوم قبرطان وجه قوله ما روى ابن حبان في صحيحه عن حماد بن سلمة عن قيس بن سعد عن عطاء بن أبي رباح عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال إن مهر البغي وثمن الكلب وكسب الخمام من السحت وأخرج به الدارقطني بسند فيهم ما ضعف وفي الصحيحين عن أبي مسعود الأنصاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحملوا أن الكاهن وفي صحيح مسلم عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب (ولأنه نجس العين والنجاسة تشعير وهو أن المحل والبيع برفعت) فلا يجتمعان وعارضه المصنف بوجهين أحدهما أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية وهو غريب بهذا اللفظ نعم أخرج الترمذي عن أبي هريرة قال نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب إلا كلب صيد وضعفه الترمذي قال وقد روى أيضاً عن جابر مرفوعاً ولا يصح استخاذه والأحاديث الصحيحة ليس فيها هذا الاستثناء لكن روى أبو حنيفة في مسنده عن الهيثم عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال أُرخص رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثمن كلب الصيد وهذا سند جيد فان الهيثم ذكره ابن حبان في الشقات من أثبات التابعين فهذا الحديث على رأيهم يصلح تخصصاً والمخصص بيان للأمر بالعام فيجوز وإن كان دونه في القوفة عندهم حتى أجازوا وتخصيص العام القاطع بخبر الواحد ابتداء فبطل مدعاهم

أنه لا يجوز بيعه وبيع القليل جائز لأنه منتفع به حقيقة وشعر عافوه كسائر الحيوانات وأما الهرة فقد ذكر شيخ الإسلام رحمه الله أنه يجوز بيعها وسئل عطاء عن ثمن الهرة فقال لا بأس به (قوله مهر البغي) أي أجرة الزانية (قوله ولأنه عليه السلام نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية) فان قيل المدعى جواز بيع جميع الكلاب وهذا الحديث يقتضي جواز بيع كلب الصيد والماشية لا غير قلنا المراد الحديث لا بطلان مذهب الخصم ولأن الحديث يدل على جواز بيع جميع الكلاب لأن كل كلب يصلح لحراسة الماشية أذن عادة الكلاب بناحها عند حسن الذئب أو السارق ولأنه منتفع به حراسةً وطباً فكل ما لا يملك المال لم يغير الأذى مما يصلح لمصالح الأذى فان قيل الكلب يمكن الانتفاع بمنافعه لا بعينه كالأذى فانه ينتفع بمنافعه بالأجرة ولا يدل على أن عينه مال قلنا أن الانتفاع بالمنفعة يقع من الكلب تبعاً لما لا قصد في المنفعة ألا ترى أنه يورث والمنفعة وحدها لا تورث فيجوز مجرى الانتفاع بمنافع العبد والامتثال ثوب فان قيل شعر

به وأن المحل وجوازه البيع بأعزازه فكأننا متنافسين والنجاسة ثابتة فكان البيع منتفياً ولأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية وهي التي تحرس المواشي واعتراض بان الدليل أخص من المدعى فان المدعى جواز بيع الكلاب مطالعاً والدليل يدل على جواز بيع كلب الصيد والماشية لا غير وأجيب بان ذكره لا بطلان في قول العدم الذي هو مدعى الخصم وأما أثبات المدعى فثبت بعد ذلك ذكره في الاستمرار رواية عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه أنه قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في كلب ياربعين درهمين غير تخصيصه بنوع وقبه نظر لأن الطحاوي حدث في شرح الآثار عن يونس عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو أنه قضى في كلب صيد قتله رجل ياربعين درهماً وهذا مخصوص بنوع كما ترى وقيل الاستدلال يدل على جواز بيع الكلب المعلم وغير المعلم سوى العقور والحديث يدل على الأول والثاني ملحق به دلالة

(قوله وترك الناء الحاف الخ) أقول ويجوز أن يكون ترك الناء فيه كترك الناء في حامل وحائض (قوله) ولأنه كقولهم ملهفج جديد) أقول ويجوز أن يكون ترك الناء فيه على تأويل الملهفج بالحاف (قوله قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في كلب ياربعين درهماً الخ) أقول ولو سلم فهذا حكايته حال فلا عموم له

(ولانه منتفع به حراسة واصطدا) الف ونشر (فكان مالا فيجوز بيعه) وان تعرض بوجهين أحدهما أن الانتفاع بمنافع الكلب لا يبعينه وذلك لا يدل على مالبة عينه كالأدعي ينتفع بنفسه بالأجارة وهو ليس بمال والثاني أن شعر الخنزير ينتفع به الأسا كفة وليس بمال وأجيب عن الأول بأن الانتفاع بمنفعة الكلب يقع بتعلم العين لا قصد في المنفعة ألا ترى أنه لو روث (٢٤٧) والمنفعة وحدها لا تورث فخرى مجرى الانتفاع بمنافع العبد والامة

وجميع ما لا يؤكل لحمه ومن
الثاني بأن الخنزير يحرم
العين شرعا فثبتت الحرمة
في كل جزء وسقط النجوم
والإباحة لضرورة الخرز
لا تدل على رفع الحرمة فيما
عداها كإباحة لحمه حالة
الخمصة وإذا ثبت أن مناط
الحكم الانتفاع ثبت في
الفهد والنمر والذئب
بخلاف الهوام المؤذية
كالحيات والعقارب والزناير
لانها لا ينتفع بها (قوله
والحديث مجمل) جواب
عن استدلال الشافعي
بالحديث المردى وتقرره
ماروى عن إبراهيم أنه قال
روى عن النبي صلى الله عليه
وسلم أنه رخص في ثمن كلب
الصيد وذلك دليل على تقدم
ثمى النسخ فانهم كانوا
ألفسوا اقتناء الكلاب
وكانت تؤذى الضيغان
والغرباء فهو رخص اقتنائها
فثبت ذلك عليه - م فامروا
بقتل الكلاب ونحو ما عن
بيعها تحقيرها لضرورة
العادة المألوفة ثم رخص لهم
بعد ذلك في ثمن ما يكون
منتفع به من الكلاب
فالحديث الذي رواه هو
الذي كان في الابتداء

ولانه منتفع به حراسة واصطدا إذا فكلان مالا فيجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية لانه لا ينتفع بها والحديث مجمل على الابتداء فاعالهم عن الاقتناء

من م ومن منع البيع ثم دليل التخصيص مما يمال ويخرج من العام مرة أخرى وتعليق لخراج كلب الصيد ساطع أنه لكونه منتفع به وخصوص الاصطيد الملقى اذ لا يظهر موجب ان لا فصار الكلب المنتفع به خارجا سواء انتفع به في صيد أو حراسة ماشية وخرج العقور ومن مشى من أهل المذهب على التعميم في جواز بيع الكلب يقول كل كلب تتأق منه الحراسة فيجوز بيعه الكل ويرد عليه أنه حينئذ نسخ ما وجب العام بالتعليق ولا نسخ بقياس فالوجه أن يعلل دليل التخصيص بنفع لا يروى عليه مفسدة ويدعى العقور أن مفسدته تربو على منفعة حراسته لان منفعة خاصة يقتدر بها ضرر عام للناس فيخرج ما سواه وقصر بعض الشارحين نظره على الحديث فحكم بأنه ليس دليل على المذهب بل ذكره لثبوت مذهب الخصم أعني شمول المنع فيحتاج بعد الى دليل المذهب وليس الا الوجه الثاني وعلى تقريرنا يتم الأول أيضا وقد استدلت في الاسرار وغيره من الشرع على عموم بيع الكلب بان عبد الله بن عمرو بن العاص روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قضى في كلب باربعين درهما ولم يخص نوعا من أنواع الكلاب وهذا الحديث أولا لا يعرف الامور فحدث به الطحاوى عن نونس وهو ابن عبد الاعلى عن ابن وهب عن ابن جريح عن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده عن عبد الله بن عمرو أنه قضى في كلب صيد قتلته رجل بأربعين درهما وقضى في كلب ماشية بكبش ونايا هو واقعة حال لا توجب العموم في أنواع الكلاب فجعلها دليل على العموم خطأ ظاهر ثانيهما هو قوله (ولانه ينتفع به حراسة واصطدا فكلان مالا) يعنى مالا يملو كامة قوما أما كونه مالا فلان المال اسم اغصير لا آدمي خلق لمنفعة المطلقة شرعا وهذا كذلك فكان مالا وأمانه مملوك متقوم فلانه محرز ما دون شرعا في الانتفاع به والمالك يثبت بالاحراز بدار الاسلام والنجوم بالتمول وكلاهما ما دون فيه شرعا اذ قد اذن الشرع في اقتناء كلب الماشية والصيد وإذا كان كذلك جاز بيعه ولا يخفى أن هذا المعنى لا يترجح على النص الصريح الصحيح غاية ما في الباب أن يسلم أنه مال محرز متقوم لكن ثبت منع الشرع من بيع هذا النوع من المال فاجاب المصنف بادعاء نسخ المنع من ذلك وذلك ما قلنا أول الكلاب من أن الامر يقتل الكلاب كان أمرا محققا في الأول من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم علم نسخ ذلك برواية ترك قتلها على ما حدث الطحاوى عن أبي بكر قال حدثنا سعيد بن عامر قال حدثنا شعبة عن أبي النجاشي عن مطرف عن عبد الله بن المغفل قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتل الكلاب ثم قال ما لي ولا الكلاب ثم رخص في كلب الصيد وفي كلب آخر نسيه سعيد ولهذا المعنى طرق كثيرة وجب حل ما روى من التشديد في سورها والنهي عن ثمنها وبيعها ثم الترخيص في بيع النوع الذي أذن في اقتنائه الأول على الحالة الأولى والثاني على الثانية فكان منع البيع على العموم منسوخا باطلاق بيع البعض بالضرورة وأجاب عن قوله نجس

الخنزير ينتفع به الأسا كفة ولا يجوز بيعها قلنا أن الخنزير يحرم العين شرعا لا يباح امسا كنه منفعته بوجهه فيثبت الحرمة في كل جزء من الشعر والعظم وسقطت القيمة ثم الإباحة لضرورة الخرز لا تدل على رفع الحرمة عن أصله فيما عدا الضرورة كإباحة لحمه حالة الضرورة لا تدل على صحة التمول وجواز البيع فاما الكلب فما ثبت فيه تحريم مطلق ثم إباحته لضرورة وليبقى ما رواه على التعميم (قوله والحديث مجمل على الابتداء)

ويجوز أن يقال الحديث مشترك الا لزام لانه قال ثمن الكلب والتمن في الحقيقة لا يكون الا في المبيعة (قوله ويجوز أن يقال الخ) أقول أى في الجواب عن استدلال الشافعي بالحديث المردى (قوله والتمن بالحقيقة لا يكون الخ) أقول أنه أن يقول اطلاق الثمن مجاز لكونه مصورا بصورته وقربة المجاز قوله عليه الصلاة والسلام ان من السجحت كفى مهر البسخت وفي حرم بيعها وأكل ثمنها

(قوله ولا نسلم نجاسة العين) جواب عن استدلاله بالمعقول بالمنع فان عليك في حالة الاختيار يجوز بالهبة والوصية وليس نجس العين كذلك ولو سلم فحرم التداول دون البيع كالسرقين عندنا على ما سيجي قال (ولا يجوز بيع الخمر والخنزير بالخ) يبيع الخمر والخنزير بالخمر غير جائز يعني أنه باطل وتقدم وقوعهما مبيعاً وعناهما (٢٤٨) يترتب على ذلك في البيوع واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم ان الذي حرم شرهما حرم بيعهما

ولا نسلم نجاسة العين ولو سلم فحرم التداول دون البيع قال (ولا يجوز بيع الخمر والخنزير) لقوله عليه الصلاة والسلام ان الذي حرم شرهما حرم بيعهما وأكل ثمنها ولانه ليس بحلال في حقنا وقد ذكرناه قال (وأهل الذمة في البياعات كالمسلمين) لقوله عليه الصلاة والسلام في ذلك الحديث فاعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولا ثمنهم مكافون محتاجون كالمسلمين قال (الافى الخمر والخنزير خاصة) فان عقدهم على الخمر والعين بالمنع بدليل اطلاق الانتفاع به قال (ولو سلم نجاسة عينه توجب حرمة كله لا منع بيعه) بل منع البيع بمنع الانتفاع شرعاً ولهذا أخرنا بيع السرقين والبعر مع نجاسة عينهما لا اطلاق الانتفاع به ما عندنا بخلاف العذوق لم يطلق الانتفاع به مانع بيعها فان ثبت شرعاً اطلاق الانتفاع بخلو طوباة التراب ولو بالاستهلاك كالأستسجاج بالزيت النجس كقيل جاز يبيع ذلك التراب التي هي في ضمنه وبه قال مشايخنا وانما امتنع بيع الخمر لمنع خاص في منع بيعها وهو قوله صلى الله عليه وسلم فيما أخرج مسلم عن عبد الرحمن بن وعلة قال سألت ابن عباس عما يعصر من العنب فقال ابن عباس رضي الله عنهما ان رجلاً أهدى الى النبي صلى الله عليه وسلم راوية خمر فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هل علمت أن الله حرم شرهما قال لا قال فسا راسنا فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم سمعنا سورة قال أمرته ببيعها فقال ان الذي حرم شرهما حرم بيعهما قال ففزع المزاذه حتى ذهب ما فيها وأخرج البخاري عن جابر انه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح يقول وهو بمكة ان الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام فقيل يا رسول الله أرايت ممنحوم الميتة فانه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس قال لا هو حرام ثم قال قاتل الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فعملوه فباعوه وأكلوا ثمنه وهذا يتم به شرح المسئلة المذكورة بعد هذه المسئلة وقوله (وقد ذكرناه) يعني في باب البيع الفاسد ويقوم اشكاله على جواز بيع السرقين اللهم الآن يقال لاشك انه لا بد من تقدير في نحو حرمت الخمر فانما ينفى في الاصول ان التحريم المضاف الى الاعيان تقدر اضافته الى ما هو المقصود من ذلك العين كالشرب من الخمر والاكل من الميتة واللبس من الخمر فبقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ان الله اذا حرم شيئاً يعني اذا حرم ما هو المقصود من الشيء حرم بيعه وأكل ثمنه كالمقصود من الخمر والمقصود من الميتة والخنزير وهو الاكل والشرب وليس هذا الحديث في السرقين فلم يثبت فيه تحريم البيع فان قال النجاسة سبب قلنا ممنوع فيحتاج الى دليل آخر أما هذا الحديث فانما يفيد أن تحريم ما هو المقصود من الشيء موجب لتحريم بيعه (قوله وأهل الذمة في البياعات كالمسلمين) يجوز لهم منها ما يجوز للمسلمين ويمتنع عليهم ما يمتنع عليهم لانهم مكافون بموجب البياعات والتصرفات محتاجون الى مباشرتها وقد التزموا أحكامنا بالاقامة في دارنا واعطاء الجزية فلا يجوز منهم بيع درهم بدرهمين فيما بينهم ولا سلم في حيوان ولا نسيئة في صرف وكذا كل ما يكال ويوزن هم في البيوع كالمسلمين (الافى الخمر والخنزير) فانما تجزى بيع بعضهم بعضاً لخصوص فيه من فان قبل ما روى محرم وما ذكرتم مبيع والمحرّم آخرهما وردا على ما عرف قلنا هذا اذا لم يدل الدليل على السبق وقد دلل ههنا لانه عليه السلام كان يشدد في أمر الكلاب قلعا لهم عن الاقتناء وكان ذلك في الابتداء فيكون المحرم سابقا للاحالة (قوله ولانه ليس بحلال في حقنا) أي مال متقوم (قوله كالمسلمين) حتى أن الذي اذا باع مكبلاً أو موزوناً مكبلاً أو موزون من جنسه متساو باجاز ولا يجوز متفاضلاً (قوله ولانهم مكافون محتاجون كالمسلمين) أي بالايان وموجب المعاملات ولما كانوا مكافين ولا يمكنهم اقامة ما كلفوا به الا

وأكل ثمنها قال محمد في كتاب الآثار أخرنا أبو حنيفة قال حدثنا محمد بن قيس أن رجلاً من ثقيف يكنى أبا عاصر كان يهدي لرسول الله صلى الله عليه وسلم كل عام راوية من خمر فاهدى اليه في العام الذي حرمت راوية كما كان يهدي فقال النبي صلى الله عليه وسلم يا أبا عاصر ان الله تعالى قد حرم الخمر فلا حاجة لنا بخمرك قال فخذها يا رسول الله فبعها واستعن بثمنها على حاجتك فقال له النبي صلى الله عليه وسلم يا أبا عاصر ان الذي حرم شرهما حرم بيعهما وأكل ثمنها قال (وأهل الذمة في البياعات كالمسلمين) قال محمد في الاصل لا يجوز بين أهل الذمة لربا ولا بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ولا يجوز السلم بينهم في الحيوان والبرهم بالدرهمين يدا بيد ولا نسيئة ولا الصرف نسيئة ولا الذهب بالذهب الا مثلاً بمثل يدا بيد وكذا كل ما يكال أو يوزن اذا كان صنفاً واحداً هم في البيوع بمنزلة أهل الاسلام واستدل المصنف رحمه الله على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم في ذلك الحديث

فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولا ثمنهم مكافون يعني بالمعاملات بالاتفاق محتاجون الى ما تيق به نفوسهم كالمسلمين ولا تبق النفس الا بالاعطام والشرب والاكسوة والسكنى ولا تحصل هذه الاشياء الا بجملة الا سبب المشروعة ومنها البيع فيكون مشروعة في حقهم كفي حق المسلمين الا الخمر والخنزير فان عقدهم عليه ما كالعقد على العصير والشاة في كونهما أموالاً متقومة في اعتقادهم ونحن نأمن أن نتركهم وما يعتقدون

دل على ذلك قول عمر رضي الله عنه لعنه الله حين حضر واليه وقال لهم يا هؤلاء بلغني أنكم تأخذون في الجزية الميتة والخنزير والحمر فقال بلال أجل أنهم يفعلون ذلك فقال فلا تفعلوا ذلك ولكن ولوا أربابهم بيعها ثم خذوا الثمن منهم (قوله ومن قال لغيره ببيع عبدك من فلان) صورته أن يطلب انسان من آخر شراء عبده بالف درهم وهو لا يبيع الا بالف وخمس مائة والمشتري لا يرغب فيه الا بالف فيجيبه آخر ويقول لصاحب العبد ببيع عبدك هذا من هذا الرجل بالف على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فهو جائز ويأخذ الالف من المشتري والخمسمائة من الضامن وان لم يقل من الثمن جاز البيع بالف ولا شيء على الضامن والفرق بينهما ما ذكره بناء على الاصل المار (ان الزيادة في الثمن والمثل جائرة عندنا وتلحق باصل العقد خلافاً لفرق الشافعي لانه تغيير للعقد من وصف الثمن جائرة عندنا وتلحق باصل العقد خلافاً لفرق الشافعي رحمه الله لانه) (٢١٩) أي الاخلاق (تغيير للعقد من وصف

مشرع الى وصف مشروع وهو كونه عدلاً وأخيراً أو إباحة فلا يستفيد المشتري بتلك الزيادة شيئاً بان زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها) فصار الفضل في ذلك كبديل الخلع في كونه لا يدخل في ملك المرأة في مقابلته شيء فجاز اشتراطه على الاجنبي كهل ولكن لا بد من تسمية الزيادة لتحقيق المقابلة بصورة وان قامت معنى ليجزى عن حيز الحرمة فاذا قال من الثمن وجد الشرط فيصح واذا لم يقل صار ذلك خمسمائة من الضامن رشوة منه على البيع بما سمي من المال والرشوة حرام لا تلزم بالضمان واعترض ابو جهم الاول كيف يجب شيء من الثمن عليه ولم يدخل في ملكه شيء من المعقود عليه الثاني لو كان خمسمائة ثمنا لتوجهت المطالبة بها على المشتري ويحمل عنه الضامن ولم تتوجه عليه بالاتفاق الثالث ان اصل الثمن

كعقد المسلم على العبيد وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لانها أموال في اعتقادهم ونحن أمرنا بان نتركهم وما يعتقدون دل عليه قول عمر ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها قال (ومن قال لغيره ببيع عبدك من فلان بالف درهم على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف ففعل فهو جائز ويأخذ الالف من المشتري والخمسمائة من الضامن وان كان لم يقل من الثمن جاز البيع بالف ولا شيء على الضامين) وأصله أن الزيادة في الثمن والمثل جائرة عندنا وتلحق باصل العقد خلافاً لفرق الشافعي لانه تغيير للعقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه عدلاً وأخيراً ثم قد لا يستفيد المشتري بها شيئاً بان زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها فيصح اشتراطها على الاجنبي كبديل الخلع

قول عمر أخرجه أبو يوسف في كتاب الخراج عن اسرئيل بن ابراهيم عن عبد الله بن علي قال سمعت سويدي بن غفلة يقول لحضر عمر بن الخطاب واجتمع اليه عماله فقال يا هؤلاء انه بلغني أنكم تأخذون في الجزية الميتة والخنزير والحمر فقال بلال أجل أنهم يفعلون ذلك فقال فلا تفعلوا ولكن ولوا أربابهم بيعها ثم خذوا الثمن منهم ولا تجبر فيها بينهم ببيع الميتة والدم والحديث الذي ذكره المصنف في ذلك وهو قوله صلى الله عليه وسلم أعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين لم يعرف (قوله ومن قال لغيره ببيع عبدك من فلان بالف درهم على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فقال بعت فهو جائز) وهو جواب لا يكل سواء كان ببقاء أنفسهم كانوا محتاجين الى ما يتقرب به أنفسهم كافي حق المسلمين ولا يتقرب الانفس الا بالطعام والشراب والكسوة والسكنى ولا تحصل هذه الاشياء الا بمباشرة الاسباب المشرعة وعقود من تلك الاسباب البيع فيجب أن يكون مشروعاً وعافي حقهم كافي حق المسلمين لئلا يمتنعوا من تبقية أنفسهم لاقامة التكليف (قوله ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها) الخطاب للعمال أي اجعلوهم ولا بيعها (قوله ومن قال لغيره ببيع الخ) وصورة المسئلة أن يطلب انسان من آخر شراء عبده بالف درهم وهو لا يبيع الا بالف وخمس مائة والمشتري لا يرغب فيه الا بالف فيجيبه آخر ويقول لصاحب العبد ببيع عبدك هذا من هذا الرجل بالف على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فيقول صاحب العبد بعت ويكون قوله بعت جواباً لا يكل ولو لم يوجداً ولا مساومة ولكن يجب العبد بالف حصل عقيب ضمان الرجل ذلك كان بذلك استحصاناً ما ضمنه بعد الاباء والمساومة يصح قياساً واستحصاناً وذكرنا في الاسلام رحمه الله وأصل ذلك أن أصل الثمن لم يشترع بغير مال يقابله فاما فضول الثمن فيستغنى عن ذلك ويجوز أن يقابله تسمية المال لاحقيقته ألا ترى أن من باع عبداً بالعين وقيمه ألف أن الالف الزائد لا يقابله مال الا تسمية فصار الفضل في ذلك بمنزلة بدل الخلع باصـله وقد صح شرطه على غير العاقد هناك أعني غير المرأة فكذلك ههنا فان قال من الثمن فقد وجد صورة المقابلة فان لم يقل من الثمن لم يوجد صورة المقابلة ولا معناها وقال الامام الترمذي رحمه الله في قوله لو قال بعت بالف على

(٣٢ - فتح القدير والسكافيه) - سادس - لا يجوز أن يجب على الاجنبي والمبيع لغيره فكذلك الزيادة والفكر الصائب في أصل هذه المسئلة يعني عن هذه الاسئلة والجواب عنها ولا بأس بتكرار ذلك لتحقيق فان ورود السؤال اذا كان لغموض فهم أصل الكلام لغوايه تكرراره وذلك أن اقد بينا أن فضول الثمن قد تستغنى عن أن تقابل بالمال جزأً فجزأً فيجوز أن يكون بعض الثمن خالياً عما يقابله من البديل كالزيادة في الثمن اذا كان المبيع يساوي الثمن بالزيادة فتكون الزيادة على المشتري نابعة بلا بدل ومثل ذلك يجوز أن يثبت على الاجنبي كبديل (قوله دل على ذلك قول عمر الخ) أقول وسيعي هذا الحديث في كتاب الغصب أيضاً (قوله فلا تفعلوا ذلك ولكن ولوا أربابهم بيعها ثم خذوا الثمن منهم) أقول وقول عمر رضي الله تعالى عنه (قوله بناء على الاصل المار) أقول في فصل بعدي باب المراجعة

لكن من شرطها المقابلة

قول الضامن ذلك بعدم غاوضة بين فلان وسيد العبد بالف و اياه أو ابتداء قال في بعض الشرع وكون البيع بعده دلالة على القبول لانه امتثال بذلك كقول الرجل لاسر أنه طلق نفسك ان شئت فقالت طلقك يجعل قبل ولا استعسانا فكذا هذا وفي بعضها ما يفيد أنه يجب فانه قال ولو لم يكن اياه ولا مساومة وحصل ايجاب العقد بعقب ضمان الرجل كان كذلك وهذا هو الصواب لان قوله ببيع عبدك أمر وانقضاء الامر لا تكون في البيع ايجابا على ما مر من أنه لو قال بعني هذا بكذا فقال بعث لا ينعقد حتى يقبل الآخر بعده بخلاف طلق نفسك في التوقيض في الخلع فلا بد أن المشتري يقول بعديت من البائع اشتريت أو معناه على ما سلف هنالك ولو لم يقل من الثمن فباع جاز البيع بالف فقط لانه اذا قال من الثمن فقد أضاف التزاما بزيادة جسمائة في الثمن الى بيعه والزيادة في الثمن جائزة عندنا خلافا لفرق الشافعي رحمه الله والظاهر جائز الاضافة وقد وجد المقضي للزوم بلا مانع واذا لم يقل من الثمن لم يلزم الخمسمائة من الثمن بل التزم بالاعطية اياه ان باعه بالف وهذه رشوة اذ لم تقابل بالمبيع حيث لم يقل من الثمن فينعقد بالف فقط ثم في الاول ان كان بامر المشتري كان له أن يحبس المبيع حتى يأخذ الخمسمائة من الضامن لان البيع على المشتري صار بالف وخسمائة للمشتري أن يراجع على ألف وخسمائة ولو كانت دارا ولها شفع أحذها بالف وخسمائة وتولود بعيب أو تقايل بالبايع برء الالف على المشتري والخسمائة على الضامن ولو كان بغير أمره لم تثبت الزيادة في حق المشتري فليس للبايع حبس المبيع على الخمسمائة ثم يراجع على ألف ويأخذها الشفع بالف ولو تقايل أو ردت بعيب أو تقايل بالبيع فلا يجني أن يسترد الخمسمائة فان قيل ينبغي أن لا يصح هذا لان الشراء على أن الثمن على الاجنبي لا يجوز فكذلك على أن يكون بعضه عليه أجب الكرخي يمنع كون الشراء على أن الثمن على الاجنبي لا يجوز اذ لا رواية فيه عن أصحابنا وتعبه الرازي بان محمد انص على أنه اذا اشترى بدين له على غير البائع لا يجوز لانه شرط في البيع كون تسليم الثمن على المشتري فاولى أن لا يجوز اذا كان أصل الثمن على غير المشتري ثم اختار أن القياس أن لا يجوز ولو كانت كنه بمعنى حديث أبي قتادة في الذي امتنع النبي صلى الله عليه وسلم من الصلاة عليه للدين الذي عليه فالترمه أبو قتادة رضي الله عنه فصلى عليه فقد التزم دينه لا في مقابلة شيء يحصل للملتزم وهذه الزيادة من الاجنبي كذلك اذ لم يحصل للاجنبي في مقابله شيء ودفع بانه لو كان بالنظر الى مقتضى هذا الحديث لزم جواز اشتراط كل الثمن على الاجنبي ولا يجوز ذلك فالجواب هو ما ذكره المصنف ان هذه

أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فباع جاز البيع للمشتري بالف وخمسمائة على الاجنبي لانه جعل زيادة في الثمن ولا يجوز في حق المشتري حتى لو أدى الالف الى البائع له أن يقبض العبد وليس للبائع أن يحبس لاجل الخمسمائة ولو أراد المشتري أن يبيعه مراهجة ببيعته على ألف وان كانت دارا فللشفيع أخذها بالف ولو تقايل بالبيع فلا يجني أن يسترد الخمسمائة من البائع وفي قياس قول أبي يوسف رحمه الله أن الاقامة ببيع جديد ينبغي أن لا يسترد كذا لو رده بعيه بغير قضاء أو بقضاء يسترد ولو ضمن الاجنبي بامر المشتري وباقي المسئلة بحالها فان زيادة صارت واجبة في حق المشتري وللبائع أن يحبس العبد حتى يصل اليه ألف وخمسمائة لانه لما ضمن بامر المشتري كان للضمن أن يرجع على المشتري فصار كان المشتري اشتراه بالف وخمسمائة وله أن يبيعه مراهجة عليه لان المراهجة تكون بما قام عليه وللشفيع أخذها بذلك ولو أراد المشتري رده بعيب بقضاء أو بغير قضاء أو تقايل فالبايع برء الالف على المشتري والزيادة على الضمين فان قيل يجب أن لا تصح الزيادة في الثمن من الاجنبي لان أصل الثمن أن لا يجب على الاجنبي والمبيع لغيره فكذلك الزيادة يجب أن لا يجوز من الاجنبي اذا كان ما بازاها يحصل لغيره قلنا ذكر الفقيه أبو بكر الجصاص عن الشيخ أبي الحسن الكرخي رحمه الله أنه أو رد هذا السؤال ومنع وقال يجوز أن يكون أصل الثمن على الاجنبي والثمن لغيره كما يجوز الزيادة في الثمن من الاجنبي وما بازاها لغيره وقال لا يعرف في هذا رواية منصوص عليها عن

الخلع اذا جاز ذلك بطل ممن التزمه لا غير والملتزم فيما نحن فيه الاجنبي فلا يترجعه الطلب على المشتري ويظهر الفرق بينه وبين أصل الثمن فان أصل الثمن لا بد أن يقابله شيء من المال فلا يكون كالزيادة وحيث لا يلزم من عدم جواز زوجه على الغير عدم جواز مالها يلزم وجوب شيء في مقابلته وفيه في الكتاب والخمسمائة بالالف واللام في المضاف دون المضاف اليه وقيل لا خلاف في امتناعه وقال ابن عصفور وبعض الكتاب يجيزون ذلك وهو قليل جدا وقيل اذا ورد مثل هذا ينبغي أن لا يعتد بامتناعه الجسدي بل الجري في المضاف اليه على حذف مضاف أي الجنس

نفسه ثمانية قال (ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها الخ) رجل (٢٥١) اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها

برجل فوطنها الزوج جاز
النكاح (لوجود سبب
الولاية) للنكاح (وهو
المالك في الرقبة على النكاح
(ومانع مانع عن الجواز
لان المنع عن التصرف في
المبيع قبيل القبض انما
يكون عن تصرف يفسخ
بملك المبيع قبل القبض
كما تقدم والنكاح ليس
كذلك وهذا الزوج يجب
قبضا لان الوطء لما كان
بتسليم من جهة المشتري
كان فعله كفعله (وان لم
يطأها) الزوج (فليس)
أي مجرد التزوج (قبضا)
استحسانا وفي القياس هو
قبض وهو رواية عن أبي
يوسف حتى ان هلك
بعد ذلك هلك من مال
المشتري لان الزوج عيب
حكمي حتى لو وجدها
المشتري ذات زوج كان
له أن يردّها والمشتري اذا
عيب المفقود عليه صار قابضا
فصار كالاتفاق والتدبير
والتعيب الحقيقي كقطع
اليسد وفق العين وجه
الاستحسان أن في التعيب
الحقيقي استيلاء على المثل
باتصال فعل منه اليه وبه
يصير قابضا وليس ذلك في
الحكمي فلا يصير قابضا
والاعتاق والتدبير اتلاف
للمال به وانما للمالك ولهذا
يثبت له الولاء من ضروره
أن يصير قابضا

تعميمه بصورة فاذا قال من الثمن وجد شرطها فيصح واذا لم يقل لم يوجد فلم يصح قال (ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطنها الزوج فالنكاح جائز) لوجود سبب الولاية وهو المالك في الرقبة على النكاح وعليه المهور (وهذا قبض) لان وطء الزوج حصل بتسليم من جهة فصار فعله كفعله (وان لم يطأها فليس بقبض) او القياس أن يصير قابضا لانه تعيب حكمي فيعتبر بالتعيب الحقيقي وجه الاستحسان أن في الحقيقي استيلاء على المثل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمي فافترقا

الزبادة لها شبهة ببدل الخلع حيث لم يكن في مقابلة شيء يسلم للماترم وبدل انطلع يجوز اشتراطه على الاجنبي وقد يقال هذا التعديل قاصر فان الزبادة كما لا تكون في مقابلة شيء تكون في مقابلة شيء وجودها في مقابلة شيء أكثر أحوال العقد ان أحواله ثلاثة كونه خاسرا او باحوا وعدا لكونه في مقابلة شيء في وجه من الثلاثة وهو كونه و باحوا فلا يجوز اعتبار الأقل بل الواجب اعتبار الحال الاغلبية في المشابهة خصوصا اذا كان بين عليهما حكم شرعي فالأولى ما قبل ان الزيادة ثبتت تبعا فجاز أن تثبت على الغير بخلاف أصل الثمن الثابت مقصودا فان قيل لو ثبتت الزيادة ثمنا والاجنبي ضامن لها لزم جواز مطالبته المشتري بها كالمكفيل قلنا لا يلزم من صحة المكفالة توجه المطالبة على الأصل ألا ترى أن من قال لزيد على فلان ألفا وأنا كفيل بها فأنكر فلان طولب المكفيل به بدون فلان فجاز هنا كذلك وذلك لان المشتري لم يلتزمها انما التزم هذا القدر من الثمن الاجنبي والحكم لا يثبت بالسبب (قوله ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطنها الزوج فالنكاح جائز) ووطء الزوج قبض من المشتري خلافا للثلاثة أما الأول فلو جود سبب ولاية لانكاح على الامة (وهو ملك الرقبة على النكاح) بخلاف مالها ملكها الا على النكاح كفي ملك أصغرها لانكاح الزوج يبرح وانما جاز انكاحها قبل

أصحابنا بخلاف ما قلنا فاساغ لنا المنع فعلى هذا لا يحتاج الى الفرق ثم قال الجصاص هذا المنع الذي ذكره الكرخي مما يبعد لان عن أصحابنا رواية في هذا فان محمد ارحمه الله ذكر في كتاب الصرف وغيره أن من اشترى شيئا بدين له على غيره لا يصح هذا الشراء عند علمائنا لانه اشترى بشرط أن يكون تسليم الثمن على غيره والثمن اغيره واذا كان الشراء بشرط أن يكون تسليم الثمن على غيره باطلا فلا ينحل الشراء اذا كان وجوب التسليم والثمن على غير المشتري أولى واذا كان كذلك لم يكن بدين الفرق والفرق أن القياس باي جواز الزيادة من الاجنبي في الثمن لانهم ابدل المال معاوضة من غير أن يحصل بازائه عوض وذلك لا يجوز واعتبار اباصل الثمن الا أنما تركنا القياس بالنص الوارد بجواز قضاء الدين من الاجنبي شرعا وهو حديث أبي قتادة الانصاري رضي الله عنه حين امتنع النبي عليه السلام عن الصلاة على رجل من الانصار لمكان دين عليه قال أبو قتادة هو على أوفى مالي وجوز ذلك منه حتى صلى على الميت وذلك القضاء منه بدل المال من غير عوض يحصل بمقابله والزيادة من الاجنبي في الثمن في معناه فكانت ملحقة به استدلالا به وقال شمس الائمة السرخسي رحمه الله ونحو الاسلام لو استدللنا في جواز التزام الزبادة عن الاجنبي بهذا الحديث وهو حديث أبي قتادة ينبغي أن يجوز من الاجنبي التزام أصل الثمن أيضا كما يجوز الزيادة على الثمن لان حكم الحديث لا يفرق بينها والاتفاق أن التزام أصل الثمن لا يجوز منه ولان حكم الحديث انما كان بعد الوجب والتزام الزبادة من الاجنبي يجوز وقت المعاقدة قبل وجوب أصل الثمن على المشتري فعلم أن بينهما فرقا (قوله تسمية) بان يتكلم باللفظ من الثمن وصورة بان يكون المسمى بمقابلة المبيع صورة وان لم يقبضه من حيث المعنى لكون جميع المبيع حاصلا بالزبادة عليه فاشبهه ببدل الخلع فيصح اشتراطه على الاجنبي بخلاف ما اذا لم يقل من الثمن حيث لا يصح لامها ليست زبادة في الثمن بل هو التزام مال مبدء أفكون بطريق الرشوة وهو حرام (قوله فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية وهو المالك في الرقبة) فان قيل فعلى هذا كان ينبغي أن يصح بيعه ما قبل القبض اقيام سبب الولاية قلنا ورد النهي عن المبيع قبل القبض والنكاح ليس في معناه لان المبيع يبطل بالغرر والنكاح لا يبطل به ولان القدرة على التسليم شرط لصحة المبيع وذلك انما يكون بعد القبض وليست بشرط لصحة النكاح ألا ترى

(قوله وهذا التزوج) أقول الظاهر ان الإشارة الى الوطء

قال (ومن اشترى عبدا فباعه فاقام البائع البيعة انه باعه ياه

القبض ولم يجوز بيعها قبله لان البيع يفسد بالغر ودون النكاح وفي البيع قبل القبض احتمال الانفساخ بالهلاك قبل القبض والنكاح لا ينقض هلاك المعقود عليه أعنى المرأة قبل القبض ولان القدرة على التسييم شرط في البيع وذلك انما يكون بعد القبض وبسبب بشرط لصحة النكاح ألا ترى أن بيع الآبق لا يصح وتزوج الآبق بغيره ويجوز وحاصل هذا أنه تعليل النهي عن البيع قبل القبض وإذا كان كذلك لم يكن في الوارد في منع البيع قبل القبض واردة في النكاح قبل القبض ليثبت بدلالته وأما الثاني فلان وطء الزوج حصل بتسليمه من المشتري فصار فعله كفعل المشتري ولو وطئها المشتري كان قابضا كذلك الزوج ولو لم يطأها الزوج لا يكون المشتري قابضا استحسانا حتى لو هلكت بعد التزويج قبل الوطء هلكت من مال البائع والقياس أن يصير قابضا بمجرد التزويج وهو راية عن أبي يوسف رحمه الله حتى إذا هلك بعد ذلك هلكت من مال المشتري لان التزويج يعيب منه للمبيع وكذا يثبت خيار الرد إذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج والمشتري إذا عيب المبيع يصير قابضه وجه الاستحسان أنه لم يتصل به فاعل حسي من المشتري والتزويج يعيب حكمي بمعنى تقلييل الرغبات فيها فكان كمنقص السعر وله كالإقرار منه عليها بدني والمشتري إذا أقرب بدني على العبد المبيع لا يصير بذلك قابضا كذا مجرد التزويج بخلاف الفعل الحسي كان فقاعينها مثلا أو قطع يدها فانه انما يصير به قابضا لما فيه من الاستيلاء على المحل واستشكل على هذا الاعتراف والتدبير فانه يصير بها قابضا ليس باستيلاء على المحل بفعل حسي والجواب انما قلنا ذلك فيما يكون نفس الفعل قبضا والمعنى أن الفعل الذي يكون قبضا هو الفعل الحسي الذي يحصل بالاستيلاء والقبض الحاصل بالعقد ضروري ليس بماتعن فيه وذلك أنه انما للمالك ومن ضرورته انما للمالك كونه قابضا والتدبير من واديه لان به يثبت حق الحرية للمدبر ويثبت الولاء وهذا واضح النكاح قبل القبض فلو انتقض البيع بطل النكاح في قول أبي يوسف خلافا لمحمد قال الصدر الشهيد والمختار قول أبي يوسف لان البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الاصل فصار كأن لم يكن فكان النكاح باطلا وقيد القاضي الامام أبو بكر بطلان النكاح بطلان البيع قبل القبض بما اذا لم يكن بالموت حتى لو ماتت الجارية بعد النكاح قبل القبض لا يبطل النكاح وان بطل البيع (قوله ومن اشترى عبدا فباعه) قبل القبض ونقد الثمن (فاقام البائع البيعة انه باعه ياه) ولم يقبض الثمن

أن يبيع الآبق لا يجوز ونكاح الآبق جائز وفي الفوائد ذكر الصدر الشهيد رحمه الله اشترى جارية ثم زوجها قبل القبض انتم البيع جاز النكاح وان انتقض بطل في قول أبي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله والمختار قول أبي يوسف رحمه الله لان البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الاصل فصار كأن لم يكن فكان النكاح باطلا والقياس أن يكون قابضا بنفس التزويج وهو راية عن أبي يوسف رحمه الله حتى إذا هلك بعد ذلك فهو من مال المشتري لان التزويج يعيب فيها حتى لو وجدها المشتري ذات زوج له أن يردّها فالمشتري إذا عيب المعقود عليه يصير قابضا بالتزويج كالاعتناق والتدبير ولكنه استحسن فقال لا يكون قابضا لها بنفس التزويج حتى إذا هلكت فهو من مال البائع لانه لم يتصل من المشتري فعل بها وانما التزويج يعيب من طريق الحكم على معنى أنه يقل رغبات الناس فيها ويقتض لاجلها الثمن وهو في معنى نقصان السعر والتزويج لما كان عيبا من طريق الحكم كان نظير الإقرار عليه بالدين والمشتري لو أقر عليها بالدين لا يصير قابضا لها بخلاف العيب الحسي بان قطع يدها أو قلع عينها فذلك باعتبار فعل يتصل من المشتري بعينها وهو اتلاف الجزء من عينها كذا في المبسوط فان قيل يشكل على هذا الاعتراف والتدبير فان المشتري يصير قابضا بها وما هوها باليسا باستيلاء على المحل بالفعل قلنا قال في المبسوط الاعتراف انما للمالك فيها واتلاف للمالكية ولهذا يثبت له الولاء فن ضرورته أن يصير قابضا وكذلك التدبير نظير العتق في استحقاق الولاء وثبوت حق الحرية للمدبر به (قوله ومن اشترى عبدا فباعه) أي قبل نقد الثمن فاقام البائع البيعة انه باعه ياه وفي الفوائد قال ملك المشتري

قال (ومن اشترى عبدا فباعه) المشتري الخ) رجل اشترى منقولا فباع المشتري قبل قبض المبيع ولم ينقد الثمن وطلب البائع من القاضي بيع العبد بتمنه لم يلتفت الى ذلك حتى يقيم البيعة فباعا للتمنه فاذا أقامها فلا يخلو اما أن تكون الغيبة معروفة أولا فان كان الاول لم يبعه في الدين لان وصول البائع الى حقه بدون البيع ممكن وفي البيع ابطال حق المشتري وان كان الثاني باع العبد وأدى الثمن لان ملك المشتري ظهر باقرار بائع فيظهر على الوجه الذي أقربه وقد أقر به مشغولا بحقه فيعتبر كذلك وهذا لان العبد في يده والقول قول الانسان في يده فلو ادعى المالك كان مسعورا ولو أقربه لغيره كما لا يصح بحكم البد فكذا اذا أقربه ناقصا مشغولا بحقه ويثبت المالك له ناقصا على وجه يقتضي الاستيفاء وقد تعذر فيه العاقبة فيه كالأمانات فان المرثمة أحق بالمرهون يباع في دينه ان تعذر الاستيفاء والمشتري اذا مات قبل قبض المبيع مفلس فان

المبيع يباع في ثمنه بخلاف ما إذا قبض المشتري المبيع فان بدنة البائع لم تقبل لان حقه لم يبق متعلقا به بل هو ذين في ذمة المشتري فتكون البينة
لأثبات الدين والاثبات على الغائب محتج عندنا وفيه بحث من أوجه الاول أن (٢٥٣) إقامة البينة على الغائب لا تجوز لانها تعتمد

انكار الخصم وذلك من
الغائب مجهول الثاني أن
القول بمسوا بالبيع قول
يجوز التصرف في المبيع
قبل القبض وقد تقدم بطلانه

الثالث أن ذلك يقضى
الى القضاء على الغائب
بزال الملك وهو لا يجوز
وفي ذلك لا فرق بين كونه
مقبوضا وغير مقبوض
فاتفرقة بينهما تحكم
والجواب عن الاول أن إقامة
البينة كما ذكرنا في التهمة
للقضاء وانما القاضي
يقضى بموجب اقرار المقر
بما في يده وفي ذلك لا يحتاج
الى انكار الخصم وعن
الثاني من وجهين أحدهما
قول بعض المشايخ ان
القاضي ينصب من يقبض
العبد للمشتري ثم يبيع
لان بيع القاضي كبيع
المشتري فلا يجوز قبل
القبض ورد بان المشتري
ليس له أن يقبضه قبل نقد
الثمن فكذا من يجعل وكلا
عنه وأجيب بان ذلك حق
البائع وقد ينسأح بتأخير
والثاني أن البيع ههنا غير
مقصود وانما المقصود النظر

فان كانت غيبته معروفة لم يبيع في دين البائع (لانه يمكن اتصال البائع الى حقه بدون البيع وفيه ابطال حق
المشتري) وان لم يدرك هو يبيع العبد وأوفي الثمن) لان ملك المشتري ظهر باقراره فظهر على الوجه الذي
أقرب به مشغولا بحقه واذا تعذر استيفاؤه من المشتري يبيعه القاضي فيه كالراهن اذا مات والمشتري اذا مات
مفلسا والمبيع لم يقبض بخلاف ما بعد القبض لان حقه لم يبق متعلقا به ثم ان فضل شيء يمسك للمشتري لانه
بدل حقه وان نقص يتبع هو أيضا

(فان كانت غيبته المشتري غيبة) (معروفة لم يبيع) القاضي (في دين البائع لانه يمكن اتصال البائع الى حقه بدون
البيع) فيكون ابطالا لحق المشتري في العين المبيعة من غير ضرورة (وان لم يدرك هو يبيع العبد وأوفي الثمن)
بنصب الثمن معسولا نانيا لبيع (١) وقوله وان لم يدرك هو يبين أن الغيبة المعروفة أن يعلم أن هو وقول
المصنف في تعليل بيع القاضي (لان ملك المشتري ظهر باقراره) يعني باقرار البائع (فيظهر على الوجه الذي
أقرب به) وهو كونه (مشغولا بحقه) يبين أن البيع من القاضي ليس به هذه البينة المعروفة أن يعلم أن هو وقول
الغائب فما هي الا لكشف الحال لحيته القاضي الى البيع نظر للغائب لا ليشب الدين عليه فانه لو لم يقم لم
يجبه الى ذلك (واذا تعذر استيفاؤه) والقرض أنه أحق بمال هذا العبد لانه كالراهن في يده الى استيفاء الثمن
حتى لو مات المشتري مفلسا كان المانع أحق بمالته من سائر الغرما كالرهن اذا مات الراهن فانه أحق من
سائر الغرما فيعينه القاضي على بيعه (بخلاف ما بعد قبض المبيع لان حقه) أي البائع (لم يبق متعلقا به) بل هو
دين في ذمة المشتري والبينة حينئذ لا تثبت الدين ولا يثبت دين على غائب فلا يمكن القاضي من البيع وقضاء
الدين وهذا طريق الامام السرخسي رحمه الله وتقرر شيخ الاسلام يشعر بخلافه حيث قال القياس ان لا تقبل
هذه البينة لانها على اثبات حق على الغائب وليس ثم خصم حاضر لا قصدي ولا حكمي فهو كمن أقامها على
غائب لا يعرف مكانه لا تقبل وان كان لا يصل الى حقه وفي الاستحسان تقبل لان البائع يحجز عن الوصول الى
الثمن وعن الانتفاع بالمبيع واحتاج الى أن ينفق عليه الى أن يحضر المشتري ويربأ بالثمنقة عن الثمن
والقاضي ناظر لحياء حقوق الناس فكان للقاضي أن يقبله الدفع البلية بخلاف ما لو أقامها لثبت حقا على
الغائب لينزع شيئا من يده لا يقبله والاجماع في مثله لدفع البلية عن البائع وليس فيه ازالة يد الغائب عما في يده
لان البائع يستوفي حقه بما في يده أو رد عليه أنه يستلزم بيع المنقول قبل القبض أجيب بان من المشايخ من
قال ينصب القاضي من يقبضه ثم يبيعه وقال آخرون لا يحتاج الى ذلك لان هذا البيع يثبت ضمانا لا غير
مقصود بل المقصود النظر للبائع باحياء حقه والبيع ضمن له هذا اذا كان المشتري واحدا فغاب فلو كان المشتري
اثنين فغاب أحدهما قبل اعطاء الثمن فال حاضر لا يملك قبض نصيبه الا بئذ جميع الثمن بالاتفاق فلو نقد
اختافوا في مواضع الاول هل يجبر البائع على قبول حصة الغائب عند أبي يوسف لا وعند أبي حنيفة وعبد الجبار
والثاني لو أنه قبل هل يجبر البائع على تسليم نصيب الغائب للحاضر عند أبي يوسف لا بل لا يقبض الا نصيبه على
وجه المهاداة وعندهما يجبر والثالث لو قبض الحاضر العبد هل يرجع على الغائب بما نقده عند أبي يوسف
لا وعندهما يرجع والحاضر حبس نصيب الغائب اذا حضر حتى يعطيه ما نقده عنه وجه أبي يوسف أن الحاضر

ظهر باقراره اشارة الى أنه لا يشترط إقامة البينة للبيع اذا كان لا يدري أين هو لان موضوع المسئلة أن
العبد في يد البائع وقول الانسان فيما في يده مقبول لكن مع هذا يشترط إقامة البينة ليكون البيع بحجة
بالغة وهذه البينة لا تكشف الحال وفي مثلها لا يشترط حضور الخصم وانما موضع المسئلة في المنقول لان القاضي
لا يبيع العقار على الغائب ثم قبل ينصب القاضي من يقبض العبد للمشتري ثم يبيع لان بيع القاضي كبيع

هذا ليس قضاء على الغائب وانما هو قضاء على الحاضر بالاقرار بما في يده وذلك انما يكون اذا لم يقبضه المشتري فاما اذا قبضه فلا يكون ذلك
وحينئذ ظهر الفرق وان دفع التحكم (ثم اذا باعه فان فضل شيء يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو) أن يتبع البائع المشتري

(قوله والثاني ان البيع ههنا غير مقصود الخ) أقول فيه تأمل (١) قول الفخ معسولا نانيا لبيع صوابه لا وفي كذا هو ظاهر كتبه معسولا

فان كان المشتري اثنين فغاب أحدهما فال حاضر لا يملك قبض نصيبه حتى ينقذ جميع الثمن فاذا نقده أجبر البائع على قبول نصيب الغائب وتسليم نصيب الغائب من العبد الى الحاضر واذا حضر الغائب فلل حاضر أن يرجع عليه بما نقده لاجله وله أن يحبس نصيبه حتى يستوفي ما نقده عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو (٢٥٤) يوسف لا يجبر البائع على قبول نصيب الغائب من الثمن ولو قبل لا يجبر على تسليم نصيبه من

قال (فان كان المشتري اثنين فغاب أحدهما فال حاضر أن يدفع الثمن كله ويقبضه واذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقذ شريكه الثمن كله وهو قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف اذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض الا نصيبه وكان متطوعا بما أدى عن صاحبه) لانه قضى دين غيره بغير أمره فلا يرجع عليه وهو أجنبي عن نصيب صاحبه فلا يقبضه ولهما أنه مضطرب لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باءاء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقى شيء منه والمضطر يرجع كغير الرهن واذا كان له أن يرجع عليه كان له حق الحبس عنه الى أن يستوفي حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه

قضى دين الغائب بغير أمره فكان متبرعا فلا يرجع واذا لم يكن له الرجوع لم يكن له قبض حصته لانه أجنبي عنها (ولهما أنه مضطرب فيه) أي في دفع حصته الغائب لانه لا يمكنه الانتفاع بملكه الا باءاء الجميع لان البيع الصادر اليهما من البائع صفقة واحدة والمضطر يرجع وله حق الحبس وصار كغير الرهن اذا أفلس الراهن وهو المستعير أو غاب فان المعبر اذا افترقه بدفع الدين يرجع على الراهن لانه مضطرب فيه وصار كصاحب العلو اذا سقط بسقوط السفل كان له أن يبني السفل اذا لم يبنه مالكه بغير أمره ليتوصل به الى بناء علوه ثم يرجع عليه ولا يمكنه من دخوله مالم يعمطه ماصر فغيره أن في مسئلة السفل لا يفرق الحال بين كون صاحبه غائبا أو حاضرا وفي مسئلتنا لا يثبت له حق الرجوع الا اذا كان غائبا لانه اذا كان حاضرا لا يكون مضطرا في ايفاء الكل اذ يمكنه أن يخاصمه الى القاضي في أن ينقد حصته ليقبض نصيبه بخلاف مسئلة السفل فان صاحب العلو لو خاصمه في أن يبني السفل لا يقضى عليه بيننا ففكان مضطرا حال حضوره كغيبته (وله) أي للحاضر ومثل صورة حضوره ما في عدم الاضرار مالوا استأجر رجلا دارا فغاب أحدهما قبل نقد الاجرة فنقد الحاضر جميعها يكون متبرعا لانه غير مضطرب في نقد حصته الغائب اذ ليس للآخر حبس الدار لاستيفاء الاجرة ذكره القمى تاشي واذا ثبت حق الحبس في مسئلتنا للحاضر فله حبسه الى أن يستوفي الكل ولو بقي درهم

المشتري ويبيع المشتري قبل القبض لا يجوز فكذا يبيع القاضي وفيه نظر لان المشتري ليس له أن يقبضه قبل نقد الثمن فكذا من يجعل وكلا عنه وقبل ينصب لان البيع هنا ليس بمقصود وانما المقصود النظر للبائع احياء لحقه والبيع يحصل في ضمن النظر ويجوز أن يثبت الشيء ضمننا ولا يثبت قصدا (قوله) فلل حاضر أن يدفع الثمن كله ويقبضه ذكر الامام القمى تاشي رحمه الله فال حاضر لا يملك قبض نصيبه الا بنقد جميع الثمن فلو نقده اختلغوا في مواضع الاول لا يجبر البائع على قبول نصيب الغائب عند أبي يوسف رحمه الله خلافا لهما فان قيل لا يجبر على تسليم نصيب الغائب الى الحاضر خلافا لهما فلو قبض الحاضر العبد لم يرجع على الغائب بما نقده خلافا لهما (قوله كغير الرهن) بان أعار شيئا لغيره فنهته ثم أفلس الراهن وهو المستعير أو غاب فافتكه المعبر يرجع بما أدى من الدين على الراهن وان كان قضى دين الراهن بغير أمره لانه مضطرب في القضاء لانه لا يمكن من الانتفاع بماله الا بقضاء الدين فكذلك ههنا بخلاف مالوا استأجر فغاب أحدهما فنقد الآخر كل الاجرة فهو متبرع لانه غير مضطرب لانه لا حبس للآخر لاجرة فان هلك العبد في يد الحاضر رجع على الغائب بما نقده فان هلك بعد ما حضر وطلب منه هلك بما نقده عنه فان كان حاضرا فنقد فهو متبرع (قوله) كالوكيل بالشراء) وبيان أنه كالوكيل بالشراء أن الصفقة لما كانت واحدة فانما يثبت الملك لكل واحد منهما بقبول صاحبه اذ لو لم يقبل صاحبه لما ثبت المبدل له فكان كل واحد منهما

العبد والحاضر لا يقبض الا نصيبه مهاباة لا غير فاذا قبض الحاضر العبد لم يرجع على الغائب اذا حضر بما نقده لاجله وليس له حق الحبس على ذلك (وكان متطوعا بما أدى عن صاحبه) لانه قضى دينه بغير أمره ولا رجوع في ذلك (وهو أجنبي عن نصيب صاحبه) فليس له القبض (ولهما أنه مضطرب فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باءاء جميع الثمن لاتحاد الصفقة وان يكون البائع له حق الحبس ما بقى شيء منه والمضطر يرجع كغير الرهن) فان من أعار شيئا رجلا لغيره فنهته ثم أفلس الراهن وهو المستعير أو غاب فافتكه المعبر فانه يرجع على الراهن بما أدى وان كان ذلك قضاء دين الغير بغير أمره لا يضطراره في القضاء وهذا مما لا ينكر فان للضرورات أحكاما فان قيل لو كان التعليل بالاضطرار يحل اختلاف الحكم بين حالة حضور الشريك وغيبته فانه لا يقدر على الانتفاع بنصيبه الا بعد نقد صاحبه فالجواب أن الاضطرار في حالة حضوره مفعول لا مكان أن يخاصمه

الى الحال كما لينقد نصيبه من الثمن فيمكنه من قبض نصيبه من العبد بخلاف حال غيبته وعلى هذا ظهر الفرق قال بين ما نحن فيه وبين ما اذا استأجر دارا فغاب أحدهما قبل نقد الاجرة لصاحب الدار فنقد الحاضر كل الاجرة فانه يكون متبرعا بالاجماع لكونه غير مضطرب في نقد نصيب صاحبه من الاجرة اذ ليس للآخر حبس الدار لاستيفاء الاجرة كذا ذكره الامام القمى تاشي (واذا ثبت له حق الرجوع كذله حق الحبس حتى يستوفي حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه) على ما سيجي وان شاء الله تعالى

قال (ومن اشترى جارية
بالف مثقال ذهب وفضة الخ)
رجل اشترى جارية فقال
اشترتها بالف مثقال ذهب
وفضة صح ويحب عليه من
كل واحد منهما خمسمائة
مثقال (لانه اضاف المثقال
اليهما على السواء) لانه
عطف على المضاف اليه وهو
عطف مع الافتقار
والعطف مع الافتقار يوجب
الشركة وليس أولوية
لاحدهما على الآخر فيجب
التساوي قسلا وكان
الواجب ان يتمد المصنف
بالجودة أو الرداءة أو الوسط
لان اناس لا يتبايعون
بالنبر ولا بد من بيان الصفة
قطعا للمنازعة ولهذا قد
مجدد رحمه الله به في الجامع
الصغير ويوع المصل
ويجوز ان يقال تركه ليكون
معلوما من أول كتاب البيوع
ان ذلك لا بد منه ولو قال
اشتريت منك هذه الجارية
بالف من الذهب والفضة
وجب المشاركة كما في الاول
للعطف الا أنه يجب من
الذهب مثاقيل خمسمائة
مثقال ومن الفضة دراهم
خمسمائة درهم كل عشرة
وزن سبعة لانه هو المتعارف
في وزن الدراهم والمثاقيل
أن يقول النظر الى المتعارف
يقضي أن ينصرف الى
ما هو المتعارف في البلد الذي
وقع فيه العقد قال (ومن له
على آخر عشرة دراهم
جياذ الخ) رجل له على
رجل عشرة دراهم جياذ

قال (ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان) لانه اضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الأولوية بمثله لو اشترى جارية بالف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لانه اضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود في كل واحد منهما قال (ومن له على آخر عشرة دراهم جياذ

كالوكيل بالشراء اذا نقد الثمن من مال نفسه له ان يحبس المبيع عن الموكل الى أن يعطيه جميع الثمن (قوله ومن اشترى جارية الخ) صورتها أن يقول اشتريت هذه الجارية بالف دينار ذهب وفضة أو يقول البائع بعثك هذه الجارية الخ ولفظ الجامع في رجل يقول لرجل أبيعك هذه الجارية بالف مثقال ذهب جيد وفضة قال هـ ما نصفان خمسمائة مثقال ذهب وخمسمائة مثقال فضة ويشترط بيان الصفتين الجوده وغيره بخلاف ما لو قال بالف من الدراهم والدنانير لاحتاج الى بيان الصفتين ينصرف الى الجياذ وعرف من هذه العبارة أن البائع يعقد بلفظ المضارع وان احتمل العدة اذا أراد به الحال وقيل بل هذه العبارة مساومة والمعنى أنه اذا قال له ذلك ثم باعه على هذا الوجه يثبت الانقسام وفيه أن إضافة المثقال الى الذهب ثم عطف الفضة عليه من سلا لوجب كون الفضة أيضا مضافا اليها المثقال وينبغي وهم أن يفسد لجهالة الفضة لان المثقال غالب في الذهب فتصير الفضة مرسلة عن قيد الوزن بل ينصرف اليهما وكذا صفة الجوده لان العطف لا يوجب الاشتراك على وجه المساواة بين المتعاطفين فالمثقال المتقدم فسر بالذهب والفضة ألا ترى أنه لو قال عبيد حردا وامرأته طالق وقعا جميعا غدا فانهم مضافان ذكره في كشف الغوامض وفي المبسوط لو قال ألف من الدراهم والدنانير فعليه خمسمائة دينار بالمثاقيل وخمسمائة درهم بوزن سبعة من الفضة لانه المتعارف في الدراهم فينصرف اليها وكذا لو قال ألف من الذهب والفضة وجب خمسمائة مثقال من الذهب وخمسمائة درهم بوزن سبعة من الفضة لان المتعارف في وزن الذهب والفضة ذلك وليس معهم ما ينصرف أحدهما عن المتعارف فيه فيصرف الى الوزن المعهود في كل منهما ويجب كون هذا اذا كان المتعارف في بلد العتد في اسم الدراهم ما بوزن سبعة والمتعارف في بعض البلاد الآن كالشام والجزيرة ليس ذلك بل وزن ربع وقبراط من ذلك الدرهم وأما في عرف مصر لفظ الدرهم ينصرف الآن الى زنتار بعشرة دراهم بوزن سبعة من الفلوس الآن يقيد بالفضة فينصرف الى درهم بوزن سبعة فان مادونه ثقل أو خف يسمونه نصف فضة وكذا هذا الانقسام في كل ما يقربه من المكيل والموزون من الثياب وغيره اقراضا أو سلبا أو تضاعفا أو دية أو بيعا أو شراء أو مهر أو وصية أو كفالة أو جعل في خلع ومنه ما لو قال على كز حنطة وشعير وسهم كان عليه الثالث من كل جنس (قوله ومن له على آخر عشرة دراهم جياذ

كما عاون لصاحبه فهذا معنى قوله كلو كيل ولا وكيل أن يرجع على الموكل بما أدى عنه وان يحبس لاستيفاء حقه كذلك ههنا فان قيل لو كان كلو كيل ينبغي أن لا يفتقر الحال بين حضور المشتري وغيبته كغير الرهن وكلو كيل بالشراء قلنا ان كل واحد منهما بمنزلة الوكيل عن صاحبه على ما ذكرنا فاعتبرت شبهة الوكيل عند غيبته أحدهما والحقيقة عند حضرتهما عمل بالاشبهين والعمل على هذا الوجه أولى من العكس لكان الاضطراب الى الجبيع للاقتناع بنصيبه اذا كان غائبا (قوله ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان) ولفظ رواية الاصل من الجامع الصغير بعثك هذه الجارية بالف مثقال ذهب جيد وفضة ورواية كتاب البيوع اذا باع جارية بالف مثقال ذهب وفضة ولا فرق في الحكم فيما اذا قدم الذهب على الفضة أو أخره عنها وكذا في وصف الذهب أو الفضة بالجوده يكون وصفا فيهما كقوله على كز حنطة وشعير أو قال عبيد حردا وامرأته طالق غدا أنهما يقعا غدا جميعا وقال الامام الترمذ في رجه الله اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان لانه اضاف العقد اليهما فيشترط بيان صفتيهما بخلاف الدراهم والدنانير حيث ينصرف الى الجيد وكذا لو قال له على مائة مثقال ذهب وفضة فعليه من كل

(نقضه ز يوفوا والقابض لم يعلم فأنقذهما وأهلكته فهو قضاء عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف يرد مثل ز يوفوه ويرجع عليه بالجيد لان حقه في الوصف مرعى) من حيث الجودة كما أن حقه مرعى في الاصل من حيث القدر فلو نقص عن كمية حقه ورجع عليه بمقداره فكذا اذا نقص في كيفية ولا عين رعايته بايجاب ضمان الوصف منفردا لعدم انعكاسه وهدره عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا ولا يبي حنيفة ومحمد أن المقبوض من جنس حقه بدليل انه لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال كالصرف والسلم جاز فكان الاستبقاء من حيث الاصل بالمقبوض حاصل فلم يبق حقه الا في الجودة وتذاكرها منفردة بايجاب ضمانها غيرمكن شرعا لما ذكرنا أنها عند المقابلة بالجنس هدر ولا عقلا لعدم تصور الانعكاس ولا بايجاب ضمان الاصل لان المضمون حينئذ هو الاصل والفرض أنه من حيث الاصل مستوف فبايجاب الضمان باعتباره ايجاب عليه ولا نظير له في الشرع واعترض بوجهين أحدهما ان ايجاب الضمان

واحد النصف فكذلك هذا في جميع ما يقرب به من المكيل والموزون والشياب وغيره اقراضاً وسلماءً وغصباً أو
وديعة أو بيعاً أو شراءً أو مهراً أو جعلاً في خلع أو وصية أو كفالة أو غير ذلك وكذا لو قال له على كرحطه وشعير
وسمسم كان عليه الثلث من كل جنس فان قيل ينبغي أن يرجح الذهب لاختصاصه بالمشاقيل أو ترجح الفضة
لكنونها غالبية في المبايعات قلنا لما تعارض هذان الوجهان وجب المصير إلى قضية الاضافة ومطلق اضافة
المشاقيل اليهما توجب الشركة على السواء (قوله لان حقه في الوصف مرعى كما هو في الاصل) أي حق رب
الدين في وصف الدين من حيث الجودة واجبر عاينته كحقه في الاصل من حيث القدر وان كان المقبوض دون
حقه قدر الميسقط حقه في المطالبة بقدر النقصان فكذلك اذا كان دون حقه وصفاً الا أنه يتعرض عليه الرجوع
بفضل القيمة لانه لا قيمة للجودة عند المقابلة بحسنها فغير دين المقبوض ان كان قائماً ومثل المقبوض ان كان
مستهلاً كالان مثل الشيء له حكم عينه (قوله لانه ايجاب له عليه) وهذا فارق ضمان كسب العبد المأذون
على المولى وضمن المرهون على الراهن وان كان ملكاً لان ذلك ضمان ما يملكه عليه لاله بل للعريم وهذا
ضمن ما يملكه عليه ولا نظيره فان قيل ايجاب الضمان له عليه انما يكون ممتنعاً لعدم الفائدة وهنا شتمل على
فائدة وصوله الى حقه وهو الجودة ألا ترى أن من اشترى مال نفسه لا يصح لعدم الفائدة ثم لو اذ بان اسم تری
مال نفسه مع مال غيره يصح لجود الفائدة وهو ملك المال الغير تحصته من الثمن المذكور في الشراء وكذا

على الرجل لنفسه لا يجوز اذالم يقدوهنا فيقد فصار ككسب المأذون له المديون فانه مضمون على المولى وان كان ملكه حتى لو اشترى صح
والثاني ان المقصود الاصل هو احياء حق صاحبه ووجوب الضمان له عليه (٢٥٧) ضمنى فلا يعتبر والجواب عن الاول ان

الفائدة ثمة انما هي للغرماء

فكان تضمين الشخص غيره

بجلاف مانحن فيه وعن

الثاني ان الوصف تابع فلا

يجوز ان يكون الاصل تابعا

له قال (واذا أفرخ طير

في أرض رجل الخ) اذا

أفرخ طير في أرض رجل

ولم يعد هالذالك لم يملكه (فهو

لمن أخذه وكذا اذا باض

فيها أو تسكنس فيها طي)

وفي بعض النسخ تسكنس

فيها طي (لانه مباح سبقت

يده اليه) فيملكه (ولانه

حينئذ صيد والصيدين

أخذه) بالحديث وكونه

يؤخذ بغير حيلة لا يخرج

عن الصيدية كصيدا تسكنس

رجله بارض انسان فانه

لا لا تسكنس صاحب الارض

والسكنس التستر ومعناه

في الاصل دخل في السكنس

وهو موضع الطي ومعنى

تسكنس انكسر رجله وقيد

بذلك حتى لو كسره أحد

فهو له (والبيض في معنى

الصيد لانه أصله ولهذا يجب

الجزاء على المحرم بكسره

أو شبيهه) (قوله وصاحب

الارض لم يعد أرضه لذلك)

اشارة الى أنه لو أعد هالذالك

بان حفره ليقع فيها أو بغير

ذلك مما يصاد به كان له فاما

اذالم يعد هالقهى كشبكة

فكانت له

قال (واذا أفرخ طير في أرض رجل فهو لمن أخذه) وكذا اذا باض فيها (وكذا اذا تسكنس فيها طي) لانه
مباح سبقت يده اليه ولانه صيد وان كان يؤخذ بغير حيلة والصيدين أخذوه وكذا البيض لانه أصل الصيد
ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره أو شبيهه وصاحب الارض لم يعد أرضه لذلك فصار كمن نصب شبكة للبعفاف
وكذا اذا دخل الصيد داره أو وقع ما نزل من السكر والدرهم في ثيابه لم يملكه أو كان مستعدا له

حلف أنه اشتراها بالجداد قال أبو جعفر لا يحنث وقال أبو يوسف يحنث والله الموفق (قوله ولو أفرخ طير في
أرض رجل فهو لمن أخذه وكذا اذا باض فيها وكذا اذا تسكنس فيها طي) أي تدخل كمناسه والسكنس يرب
الطي وفي بعض النسخ تسكنس أي وقع فيها تسكنس ويحترز به عما لو كسره رجل فيها فانه لذلك الرجل
لا لا تسكنس ولا يحنث بصاحب الارض (لانه) أي لان كلام الطير والبيض والفرخ وقد أصلح في نسخة
لأنها (مباح سبقت يده) أي يد الأخذ اليه (ولانه صيد وان كان يؤخذ بغير حيلة والصيدين أخذوه والبيض
أصل الصيد) فيلحق به (ولهذا يجب عنه الجزاء على المحرم بكسره أو شبيهه) لانه المقصود بقوله تعالى تناله
أيديكم في قوله تعالى ليبلونكم الله بشئ من الصيد تناله أيديكم وما حكم كذا ذكر وقوله (وصاحب الارض
لم يعد أرضه لذلك) جملة حالته هي قيد لقوله فهو لمن أخذه أي انما يكون لا لا تسكنس اذا لم يكن صاحب الارض
أعد هالذالك بان حفر فيها بئر السقط فيها أو أعد مكانا للفراخ لياخذها فان كان أعد هالذالك لاعلمها
الاتخذ بل رب الارض يصير بذلك قابضاً كما كن نصب شبكة ليحفظها فتعقل به صيد فهو لمن أخذه لا لصاحب
الشبكة لانه لم يعد هالذالك لا لا تسكنس اذا دخل الصيد داره ولم يعلمه فاعاق بابه فهو لمن أخذه وان علم به
وأغلق الباب عليه أو سد الكوة كان لصاحب الدار وكذا اذا وقع في ثيابه النشار من السكر والدرهم فهو
لمن أخذه مالم يتكف ثوبه على الساقط فيه وما هذه مصدرية ناتبة عن ظرف الزمان أي لا تسكنس في زمان عدم
كفها ثوب وقوله أو كان مستعدا له أي للنشار بأن بسط ثوبه لذلك عطف على مقدور تقديره فاذا كفه
أو كان مستعدا فهو له أما اذا غسل النجل في أرضه فهو لصاحب الارض لانه عدم انزاله أي من زيادات
الارض أي ما ينبت فيها فيملكه تبعاً للارض كالشجر الثابت فيها كالتراب والطين المنبت فيها يجزى ان
الماء عليها والانزال جمع نزل وهو الزيادة (١) وذ كرضمير لانه وهو عائد على الارض وهي مؤنثة على
تأويل المسكان ومثله وقع في شعر العرب قال

فلا منة وقدت ودقها * ولا أرض اقبل اقبالها

ومن جنس هذه المسائل لو اتخذ في أرضه حفرة للسهم فدخل السهم ملكه ولو اتخذت لغيره فن أخذ
السهم فهو له وكذا في حفر الحفرة اذا حفرها للصيد فهو له وألغرض آخر فهو لا لا تسكنس وكذا صوف وضع على
سطح بيت فابتل بالمطر فعصره رجل فان كان وضعه للماء فهو لصاحبه والا فالماء لا لا تسكنس ولو باض صيد في
أرض رجل أو تسكنس فيها فجاء رجل لياخذ فنهضه صاحب الارض فان كان في موضع يقدر صاحب الارض

يجوز لرب المال أن يشتري مال المضارب بقمن المضارب بما يقبضه من الفائدة قلنا لا يصح وان كان فيه فائدة لان
الجودة تباع للدرهم لانها وصف لها فقبض قبض أصل الدرهم لاسترداد الجودة جعل ما هو الاصل تبعاً لتبعه
وهذا نقض الموضوع وقلب المعقول بخلاف المستشهد به لانه ليس فيه ذلك (قوله وكذا اذا تسكنس فيها طي)
وفي بعض الروايات اذا تسكنس أي دخل في السكنس وهو موضع وانما قيد بالتسكنس لانه لو كسره أحد يكون
له (قوله وصاحب الارض لم يعد أرضه لذلك) وأما اذا هب بان حفر بئر للصيد وقع فيها فهو له (قوله فصار
كمن نصب شبكة للبعفاف) يعني فتعاقبها صيد وأخذ انسان فهو لا لا تسكنس (قوله أو كان مستعدا له معطوف

(٣٣ - دفع القدر والكفاية) سادس (نصبت للبعفاف فتعقل به صيد فهو لا لا تسكنس وكذا اذا دخل الصيد داره أو وقع ما نزل من السكر والدرهم في ثيابه لم يملكه أو كان مستعدا له

من السكر والدرهم في ثيابه لم يملكه أي يضمه الى نفسه (أو كان مستعدا له

(قوله وعن الثاني ان الوصف تابع الخ) أقول هذا يرجع الى تغيير الدليل والله أعلم (١) قول الشيخ وذ كرضمير لانه الخ هكذا في الاصل

بخلاف ما اذا غسل النخل في أرضه لانه عدم انزاله فيملكه تبعه الارضه كالشجر الثابت فيها والتراب المجتمع في أرضه يجريان الماء والله أعلم

(كتاب الصرف)

قال (الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان) سمي به للحاجة الى النقل في بدليه على أخذه ثم يباينه بان كان بحضرته كان الصديل بالارض كأنه أخذه عنده وان لم يكن بحضرته لا يملك

(كتاب الصرف)

لما كان قبوده أكثر كان وجوده أقل فقديم ما هو أكثر وجوداً وأيضاً لما كان عقد على الاثمان والثن في الجلة تبع لما هو المقصود من البيع أخر عن البيوع المتضمنة للمقاصد الأصلية أعني المبيعات ومفهومه لغته وشرعا يذكر المصنف وشرطه التقابض للبديلين قبل الافتراق وان اختلف الجنس ولهذا لم يصح فيه أجل ولا خيار شرط لان خيار الشرط يمنع ثبوت الملك أو تمامه على الرأيين منهم وذلك بخلاف القبض المشروط وهو القبض الذي يحصل به التعيين بخلاف خيار الرؤية والعيب لا يمنع الملك في البيع فلا يمنع تمام القبض ولو افتراق في الصرف خيار عيب أو رؤية جاز لأنه لا يتصور في النقود سائر الديون خيار رؤية لان العقد ينعقد على مثلها لا عينها حتى لو باعه هذا الدينار بهذه الدراهم لصاحب الدينار أن يدفع غيره وكذا صاحب الدراهم بخلاف الاراني والحلي ولو أسقط في المجلس خيار الشرط والاجل عدا الصرف صححنا خلافاً لفرأورد عليه كيف جاز أن يقال التقابض شرط الجواز وهو متأخر عن العقد فأنما هو حكمه والجواب أن المختار أنه ليس الا شرط بقائه على الصحة فالاشكال على قول البعض القائلين أنه شرط الجواز وأجابوا بأن تأخره ضرورة نفي استحباب قبض ملك الغير فهو معتبر بمقارناً أو متقدماً شرعاً وان كان متأخراً ضرورة ولا يخفى أنه ينبغي أن يستغنى عن هذا التكاف بارتكاب القول الاستحواً ومفهومه شرعاً فيبيع ما من جنس الاثمان بعضها ببيع غير وهو هذا قول القدروي (الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان) وانما قال من جنس

بخلاف ما اذا غسل النخل في أرضه فان العسل لصاحبها (لانه عدم انزاله) أي من انزال الارض بتأويل المالك جمع نزل وهو الزيادة والفضل منه والفرق بينهما أن العسل صار قائماً بأرضه على وجه القرار فصار تابعاً لها (كالشجر الثابت فيها والتراب المجتمع بجران الماء) بخلاف الصيد والله سبحانه وتعالى أعلم

(كتاب الصرف)

ولعسل في العبارة تحريفاً والصواب ذكر ضمير انزاله وهو عائذ الخ كقوله

(كتاب الصرف)

على قوله ما لم يكتفه على تقدير حذف حرف النفي أي ما كان مستعداً له (قوله بخلاف ما اذا غسل النخل في أرضه حيث يكون العسل لصاحب الارض لانه عدم انزال الارض) والنزل الزيادة والفضل والفرق أن العسل ليس فيه معنى الصيديته لافي الحال ولا في المآل والارض في يد صاحبها فافها يكون في يد صاحبها وذلك لان العسل صار قائماً بأرضه على وجه القرار فصار تابعاً لأرضه كالشجر والزرع ثبت فيها والله أعلم بالصواب

(كتاب الصرف)

(قوله الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان) أي يبيع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة أو أحدهما بالآخر سمي به لانه يحتاج الى نقل بدليه من يدالي بدو الصرف هو النقل والرد قال الله تعالى ثم انصرفوا صرف الله قلوبهم ولانه عقد يرد على مال لا يقصده بذاته بل ينتهي به الفضل بطريق التوسل والصرف هو الفضل لغة كذا قاله الخليل ومنه سمي التطوع صرفاً لانه فضل على الغرائض قال عليه السلام من انتمى الى غير أبيه لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً أي لا تطوعاً ولا فريضاً والاموال أنواع نوع ثمن بكل حال كالنقد وصحبه الباء أو لا قولت بجنسها أو بغيره ونوع مبيع بكل حال وهو ما ليس من ذوات الاشمال كالثياب والدواب والمماليك ونوع ثمن بوجه مبيع بوجه كالكيل والموزون فانه اذا كان معيناً في العقد كان مبيعاً وان لم يكن معيناً وصحبه الباء وقابله بمبيع فهو ثمن ونوع ثمن بالاصطلاح وهو سلعة في الاصل فان كان وانما كان ثمناً وان كان كاسداً كان ساعة وهذا لان الثمن عند العرب ما يكون ديناً في الذمة كذا قاله الفرما والنفق ولا تستحق بالعقد الادينا في الذمة ولهذا قلنا انما لا تتعين بالتعيين فكان ثمناً على كل حال والعروض لا تستحق بالعقد الا عيناً فكانت مبيعة والسلم في بعضها رخصة شرعية فلا يخرج به من أن يكون مبيعاً والمكيل والموزون مستحق عيناً بالعقد نارة ودنيا أخرى فيكون ثمناً في حال مبيعاً في حال ومن حكم

الصرف بيع خاص وهو الذي يكون كل واحد من العوضين من جنس الاثمان وقد تقدم ما يدل على تأخير عن السلم في اول السلم وسمى هذا العقد صرفا لانه لا يبدل من يد الى يد والصرف هو النقل والردغة والامالنه لا يطلب به الا الزيادة) يعني لا يطلب بهذا العقد الا الزيادة تحصل فيما يقابلها من الجوده والصياغة اذا التفت ولا ينتفع بعينها كما ينتفع بغيرها مما يقابلها من المعلوم والملبوس والمركوب فلولم يطلب به الزيادة والعين خاصة في يد ما كان فيه فائدة أصلا فلا يكون (٢٥٩) مشروعا وقد دل على مشروعيته قوله

تعالى وأحسن الله البيع الآية وقوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب الحديث واذا كان المطلوب

به الزيادة (والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل) ناسب أن يسمى صرفا (ومنه) أي من كون الصرف هو الزيادة لغة (سميت العبادة النافلة صرفا) قال صلى الله عليه وسلم من أنفق الى غير أبيه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا والعدل هو الغرض سمي به لكونه أداء الحق الى المستحق وشروطه على الاجمال التقاض قبل الافتراق بدنا وأن لا يكون فيه خيار ولا تأجيل وأقسامه ثلاثة يبيع الذهب بالذهب ويبيع الفضة بالفضة ويبيع أحدهما بالآخر قال (فان باع فضة بفضة الخ)

(قوله وقد تقدم ما يدل على تأخير عن السلم) أقول الذي يجره هو بيان سبب التأخير عن كتاب البيوع كما لا يخفى لكن ذلك يعلم منه أيضا فاكنتي به (قوله) ما كان فيه فائدة أصلا فلا يكون مشروعا) أقول الاظهر ان يقول فلا يصدر من العاقل (قوله قد دل على

من يد الى يد والصرف هو النقل والردغة أو لانه لا يطلب منه الا الزيادة اذا لا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفا قال (فان باع فضة بفضة أو ذهباً بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفا في الجودة والصياغة)

الاثمان ولم يقتصر على قوله يبيع ثمن ثمن ليدخل بيع المصوغ بالمصوغ أو بالنقد فان المصوغ بسبب ما اتصل من الصنعة لم يبق ثمنه محال وهذا يتعين في العقد ومع ذلك يبيع مصرفا واما سمي اصطلاحا لانه مفهومه اللغوي هو النقل ومنه في دعاء الاستخارة فاصرفه عني واصرفني عنه ونقل كل من البديلين عن مالكه الى الآخر بالفعل شرط جوازها فكان في المسمى معنى اللغة فسمى باسم ذلك المعنى المشروط فيه (أو هو) أي معناه اللغوي (الزيادة) وهذا العقد لا يقصده الا الزيادة دون الانتفاع بعين البديل الآخر في الغالب لانه لا ينتفع بعينه بخلاف نحو الطعام والثوب والجار والمراد أن قصد كل من المتعاقدين التجارة والربح فيه بالنقل والاختلاف العقد عن الغائبة والزيادة تسمى صرفا وبه سميت العبادة النافلة صرفا في قوله صلى الله عليه وسلم من أنفق الى غير أبيه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا فذكر المصنف أن المراد بالصرف النافلة التي هي الزيادة والعدل الغرض الذي هو حق مستحق عليه ولا شك في مناسبة تسمية الغرض عدلا لفقيل عليه قد فسر الزمخشري بغير هذا قال في الفائق في ذكره صلى الله عليه وسلم لاسر المدينة من أحدث فيها حدثا أو آوى محدثا فعليه لعنة الله الى يوم القيامة لا يقبل منه صرف ولا عدل الصرف التوبة لانه صرف النفس عن الفجور الى البر والعدل التقدي من المعادلة والفساد يعادل نفسه والمراد من احداث الحدث فعل ما يوجب الحد والجواب أن أهل اللغة اختلفوا في ذلك فقد ذكر في الجهرة عن بعض أهل اللغة الصرف الغرضية والعدل النافلة وفي الغريبيين عن بعضهم الصرف النافلة والعدل الغرضية كذا كره المصنف ولا اعتراض مع أنه الانسب وعلم أن الاموال تنقسم الى ثمن على كل حال وهي الدراهم والدنانير صحرها حرف الباء ولا وسواء كان ما يقابلها من جنسها أو من غيره والى ما هو مبيع على كل حال وهو ما ليس من ذوات الامثال من العروض كالثياب والحيوان والى ما هو ثمن من وجه مبيع من وجه وهو المكمل والموزون فانهم اذا عينت في العقد كانت مبيعة وان لم تعين فان صحرها حرف الباء وقابلها مبيع فهي ثمن وان لم يصحرها حرف الباء لم يقابلها ثمن فهي مبيعة وهذا لان الثمن ما يثبت في الذمة دين عند المقابلة قال الغراء في قوله تعالى وشروه بثمن بخس الثمن ما يثبت في الذمة دين عند المقابلة والنقود لا تستحق بالعقد الاذ ينأخذا للامانة الثلاثة فعندهم يتعين الذهب والفضة اذا عينت حتى لو هلك الدراهم المعينة في البيع قبل القبض بطل البيع ولا يجوز استبدالها هذا تقسيم المال باعتبار ما فيه نفسه وينقسم باعتبار الاصطلاح على الثمنية وهو في الاصل سبعة فان كانت رابحة فهي ثمن لا تعين بالتعيين وان كانت كاسدة فهي سلع كالفوس (قوله فان باع فضة بفضة أو ذهباً بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل) يعني في العلم لا يحسب نفس الامر فقط (وان اختلفا في الجودة والصياغة) فيدخل الاناء بالاناء فلو باعاهما بمجازفة ولم يعلم انهما كانا في نفس الامر متساويين لم يجوزوا في المجلس فظهر امتساوين يجوز وعند أبي حنيفة لا يجوز زولوا زنا بعد الثمن أن لا يشترط وجوده في ملك العاقد عند العقد ولا يطل العقد بغوات تسليمه وصح الاستبدال بالآخر والمبيع بخلافه

مشروعيته قوله وأحسن الله البيع الخ) أقول البيوع الفاسدة والبيع وقت النداء يبيع وليس بمشروع فان قيل ما ذكره مشروع بأصله قلنا فليكن ما نحن فيه كذلك أيضا وعليك بالتأمل الصادق (قوله وشروطه على الاجمال التقاض قبل الافتراق بدنا وأن لا يكون فيه خيار ولا تأجيل) أقول والشروط الاول لا يغني عن الثالث اذا المراد بشرط العجبة بحيث لا يكون فيه فساد أصلا فاذا كان فيه تأجيل ثم أسقط وقع التقاض بزول الفساد فتأمل

لقوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب مثلاً بثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل بالخذيث وقال عليه الصلاة والسلام جيدها ورديتها سواء وقد ذكرناه في البيوع قال (ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق) لما روينا ولقول عمر رضي الله عنه وان استنظر لئلا يدخل بيته فلا تنظره ولأنه لا بد من قبض أحدهما ليخرج العقد عن الكالني بالكالني ثم لا بد من قبض الآخر

الا فتراق لا يجوز وان كانا متساويين خلافاً لفره هو يقول الشرط التساوي وقد ثبت واشترط العلم به زيادة بلا دليل قلنا بل هو شرط بدليل وهو أن الموهوم في هذا العقد جعل كالعلوم شرعاً والم تعلم المساواة توهم الزيادة حاصل فيكون كثبوت حقيقة الزيادة ومقتضى هذا أن لا يجوز إذا وزن في المجلس فظهر متساوياً أيضاً لكن جازي الاستحسان عند اتحاد المجلس كان العقد أنشئ الآن لأن ساعاته كساعة واحدة وأما عدم جواز بيع الحنطة بالحنطة وزناً معلوماً فلم يعد العلم بالمساواة كيلاً إذا المساواة وزناً لا تستلزمه بالنسبة إلى الكيل والمعتبر فيما كان مكياً في عهد النبي صلى الله عليه وسلم التقدير بالكيل على ما سلف وعن هذا إذا اقتسمها مكياً موازنة لا يجوز لأن القسمة كالبيع واستدل المصنف على وجوب المساواة (بقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب مثلاً بثل الحديث) وقد تقدم وتقدم وجه انتصابه أنه بالعامل المقدراً أي بيعوا والاولى حيث كان الذهب مرفوعاً في الحديث أن يجعل عاملاً متعلقاً بالمجر ورأى الذهب يباع بالذهب مثلاً بثل نعم حديث الخدري في البخاري عنه صلى الله عليه وسلم لا تبعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بثل ظاهر في أنه مفرغ للعالم وبقيت الحديث ولا تشقوا بعضها على بعض ولا تبعوا الورق بالورق إلا مثلاً بثل ولا تشقوا بعضها على بعض ولا تبعوا منها غائباً بنائز والسف بالفس من الاضداد يقال للنقصان والزيادة والمراد هنا لا تزيدوا بعضها على بعض ولا تنقص في معنى النقص والالقال ولا تشقوا بعضها عن بعض وقوله وزنا بوزن بعد ذلك ولا تشقوا في حديث البخاري المذكور وتفسير مثلاً بثل فان المثلية أعم ففسرها بانها من حيث المقدار وتقدم حديث جدها ورديتها سواء أيضاً وتخرجه وهو دليل سقوط اعتبار الجودة وسقوط زيادة الصياغة بما روي محمد بن أبي حنيفة عن الوليد بن مريج عن أنس بن مالك قال أتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بآباء كسر وإن قد أحكمت صياغته فبعثني به لايعة فأعطيت به وزنه وزيادة فذكرت ذلك لعمر فقال أما الزيادة فلا قال (ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق) قبض عوض الصرف قبل الافتراق بالادان واجب بالمنقول وهو (ماروينا من قوله يدا بيد وقول عمر رضي الله عنه وان استنظر لئلا يدخل بيته فلا تنظره) وهو في الدلالة على وجوب القبض كما ترى وبالمعقول وهو (انه لا بد من قبض أحدهما خراجاً للعقد عن الكالني بالكالني وذلك يستلزم قبض الآخر

فان باع رجل فضة بفضة أو ذهباً بذهب لا يجوز الا مثلاً بثل وان اختلفا في الجودة والصياغة بأن يكون أحدهما أجود من الآخر أو أحسن صياغة لقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب مثلاً بثل الحديث والمراد به المماثلة في القدر لا في الصفة لقوله صلى الله عليه وسلم جدها ورديتها سواء وقد ذكر ذلك في كتاب البيوع في باب الربا حدث محمد بن محمد بن أبي حنيفة عن أبي حنيفة عن الوليد بن مريج عن أنس بن مالك قال أتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بآباء كسر وإن قد أحكمت صياغته فبعثني به لايعة فأعطيت به وزنه وزيادة فذكرت ذلك لعمر فقال أما الزيادة فلا قال (ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق) قبض عوض الصرف قبل الافتراق بالادان واجب بالمنقول وهو (ماروينا من قوله يدا بيد وقول عمر رضي الله عنه وان استنظر لئلا يدخل بيته فلا تنظره) وهو في الدلالة على وجوب القبض كما ترى وبالمعقول وهو (انه لا بد من قبض أحدهما خراجاً للعقد عن الكالني بالكالني وذلك يستلزم قبض الآخر

(قوله ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق) اختلف المشايخ رحمهم الله أن القبض قبل الافتراق شرط صحة العقد أو شرط بقاءه على الصحة فعلى قول من يقول انه شرط بقاء العقد على الصحة لا اشكال وعلى قول من يقول شرط صحة العقد اشكال وهو أن يقال ما يكون شرط الجواز بشرط صحة العقد كالشهادة في باب النكاح والمباينة في المبيع والجواب أن اشتراط القبض حالة العقد غير ممكن لما فيه من اثبات البطلان على مال الغير بغير رضاه فعلق الجواز بقبض يوجب في المجلس لان المجلس العقد حكم حالة العقد فكان كالموجود عنده حكماً (قوله لماروينا) هو ما روي قبله يدا بيد

بحسب المعنى (قوله) فان قيل الى قوله بالمصوغ نسبة الخ) أقول المراد بقوله نسبة انتفاء القبض لا التأجيل كما لا يخفى على المتأمل في السياق (قوله) فاذا بيع مضروب بمصوغ بنسبة) أقول أي بالقبض (قوله) كان بالنظر الى كونه الخ) أقول فاذا بيع بدون القبض لم شبهة النسبة وعدم تحقيق الكلام وتوضيح المرام يظهر بالمرجعة الى ما سبق في باب الربا من التفصيل المتعلق بالخلاف الواقع بيننا وبين الشافعي في عدم اشتراط القبض في سائر الاموال الربوية فراجع (قوله) أجيب بأن عدم الجواز في المضروب بنسبة الخ) أقول أي بدون القبض (قوله) بقوله) بدأ بيد) أقول اذ معناه عينا بعين على ما سلف في باب الربا والتعيين في المضروب لا يتحقق الا بالقبض كما بينت فثبت اشتراط القبض فيه بالنسب بخلاف المصوغ فان تعيينه لا يتوقف على القبض اذ هو مبني على تعيين في نفسه الا أن فيه شبهة عدم التعيين بالنظر الى أصل خلقته فعلم جوازيه بلا قبض حاشا من هذه الشبهة فليتأمل

وان وثب من سطح فقب معه (وقصته ماروى عن أبي جبلة قال سألت عبد الله بن عمر رضى الله عنه ما فعلت انا انقدم أرض الشام ومعدنا الورق الثقال النافعة وعندهم الورق الكاسدة فنبشع ورقهم العشرة بنسبة ونصف فقال لا تفعل ولكن بيع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب ولا تفارق حتى تستوفى وان وثب من سطح فقب معه وفيه دليل على ان المقتضى اذا بين جواب ما سئل عنه لا بأس أن يبين للسائل الطريق المحصل المقصود مع التفرع من الحرام ولا يكون ذلك مما هو مذموم من تعليم الحيل وقيد مشيهاما بجهة واحدة لانه لو مشيا الى جهتين يوجب تفرق الابدان وهذا المذكور من التفرق (٢٦٢) هو المعتبر في قبض رأس مال السلم (قوله بخلاف خيار الخيرة) يرجع الى قوله لم

وان وثب من سطح فقب معه وكذا المعتبر ما ذكرناه في قبض رأس مال السلم بخلاف خيار الخيرة لانه يبطل بالاعراض فيه (وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل) لعدم المجانسة (ووجب التقابض) لقوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالورق وبالأهاء وهاء (فان افتراق في الصرف قبل قبض العوضين أو أحدهما بطل العقد) في جهة كان افتراقا مبطلا وقول ابن عمر وان وثب من سطح فقب يغيد عدم بطلان العقد بغير اختلاف المكان بل اذا لم يوافق الا تخريفه وهذا لان بغير دو ثوب أحدهما اختلف مكانهما ولم يعتبر ما نعا الا اذا لم يثبت معمو حديث ابن عمر هذا غير جدام كتب الحديث وذكره في المبسوط فقال وعن أبي جبلة قال سألت عبد الله بن عمر فقلت انا انقدم أرض الشام ومعدنا الورق الثقال النافعة وعندهم الورق الخفاف الكاسدة فنبشع ورقهم العشرة بنسبة ونصف فقال لا تفعل ولكن بيع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب ولا تفارق حتى تستوفى وان وثب عن سطح فقب معه وفيه دليل رجوعه عن جواز التفاضل كجهوم ذهب ابن عباس وعن ابن عباس أيضا رجوعه وفيه دليل أن المقتضى اذا أجاب لا بأس ان يبين للسائل طريق تحصيل مطالبه كفعال صلى الله عليه وسلم حيث قال لبلال بيع التمر ببيع آخر ثم اشتر به انما المحظور تعليم الحيل الكاذبة لا سقاط الوجوبات قال (وكذا المعتبر في قبض رأس مال السلم) يعني أن يقبضه قبل الافتراق دون اتحاد المجلس (بخلاف خيار الخيرة) فانها لو قامت قبل الاختيار بطل وكذا اذا امت معز وجهها في جهة واحدة فان ذلك دليل على ارضها عما كانت فيه لان المعتبر في الابطال هناك دليل الاعراض والقيام ونحوه دليله فلمزم فيه المجلس واتعلق الصفة بعدم الافتراق لا يبطل لو ناما في المجلس قبل الافتراق أو أتمى عليهما أو طال فتعودهما وعن محمد رحمه الله جعل الصرف خيار الخيرة يبطل بدليل الاعراض كالقيام من المجلس حتى لو ناما أو أحدهما فخرقة ولو ناما جالسين فلا وعنه القعود الطويل فخرقة دون القصير ولو كان لرجل على آخر ألف درهم وللآخر عليه مائة دينار فأرسل رسولا يقول له بعتك الدراهم التي لي عليك بالدينار التي لك علي فقال قبلت كان باطلا وكذا لو نادى أحدهما صاحبه من وراء جدار أو من بعيد لانهما متفرقان وعن محمد لو قال الاب اشهدوا أنى اشتريت هذا الدينار من ابني الصغير عشرة وقام قبل نقدها بطل هذا ويجوز الزهرن ببدل الصرف والحوالة به كافي رأس مال السلم (قوله وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة واشترط القبض) لما روى الستة من حديث عمر بن الخطاب رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق وبالأهاء وهاء والبر بالبر وبالأهاء وهاء والشعير بالشعير وبالأهاء وهاء والتمر بالتمر وبالأهاء وهاء قبل وعنه قوله بأى حرام (قوله وكذا المعتبر ما ذكرناه في قبض رأس مال السلم) أى المعتبر تفرق الابدان لا القيام عن مجلس العقد بخلاف خيار الخيرة لانه يبطل بالاعراض اذا تخيرت عليك فيبطل بما يدل على الرد والقيام دليله (قوله الذهب بالورق وبأى حرام بطريق اطلاق اسم الملزوم على اللازم) وقوله هاء بوزن هاء أى أخذ ومنه هاؤم أقر وأكثبه أى كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء فينقبضان

يبطل الصرف يريد أن مشى الخيرة معز وجهها وان كان الى جهة واحدة يبطل خيارها لانه يبطل بالاعراض (وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق وبالأهاء وهاء) على وزن هاء بمعنى أخذ ومنه قوله تعالى هاؤم أقر وأكثبه (قوله فان افتراق في الصرف) متعلق بقوله ولا يدمن قبض العوضين يعنى لبقاء العقد فان افتراق قبل قبض العوضين أو أحدهما يبطل العقد لقوات شرط البقاء وهذا صحيح بخلاف قول من يقول ان القبض شرط الصحة فان شرط الشيء يسبقه والقبض انما هو بعد العقد وما أوجب به بان شرط الجواز ما يشترط بمقارنا لحالة العقد الآن اشترط القبض مقارنا لحالة العقد من حيث الحقيقة غير يمكن من غير تراخى لما فيه من اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه فعلمنا الجواز

بقبض يوجب المجلس لان المجلس العقد حكم حالة العقد كافي الايجاب والقبول فصار القبض الموجود بعد العقد في مجلسه كالوجود وقت العقد حكما ولو كان موجودا وقت العقد من حيث الحقيقة كان شرط الجواز فكذا اذا كان موجودا (قوله يرجع الى قوله لم يبطل الصرف) أقول بل يرجع الى قوله المراد منه الافتراق بالابدان فتأمل تدبر ثم قوله بالابدان على معنى دون المكان (قوله بخلاف قول من يقول ان القبض شرط الصحة فان شرط الشيء يسبقه الخ) أقول فيه بحث وجوابه ظاهر (قوله وما أوجب به بان شرط الجواز) أقول قوله وما أوجب مبتدأ وخبره يحىء بعد أسطر وهو قوله فعلى ما ترى فيه من التمهيل (قوله فعلمنا الجواز) أقول في التفرع بيع تأمل الجواز أن يشترط القبض بالتراخي قبل العقد أو ما لو قال لسافيه من ايجاب ثبات اليد على مال الغير مع خلاف قوله من غير تراخى لا يدفع ذلك

حكما فعلى ما ترى فيه من التمسك مع حصول المقصود بجعله شرط البقاء (ولهذا) أي ولان الافتراق بلا قبض مبطل (لا يصح شرط الخيار في
الصرف ولا الاجل) بان يقول اشتريت هذا الدينار بمائة درهم على أي بالخيار ثلاثة أيام أو قال إلى شهر (لان بالخيار لا يبقى القبض مستقفا)
لمنعه الملك (ولا الاجل يغوث القبض المستحق) والفرق بين العبارتين أن في الخيار يتأخر القبض إلى زمان سقوطه فلم يكن في الجال مستقفا وفي
الاجل ذكر في العقد ما ينافي القبض وذكر منافي الشيء مغوث له كذا قيل وكأنه واجع (٣٦٣) إلى أن في الاول استحقاق القبض فائت

وفي الثاني القبض المستحق
شرعا فائت (قوله اذا
أسقط في المجلس) يعني
منهما ان كان الخيار لهما
أو من له ذلك (فيعود إلى
الجواز لا يرتفعه قبل تفرقه)
استحسانا خلافا لفرجه
الله وهو القياس وان أسقط
الاجل فكذلك وان أسقط
أحدهما فكذلك في ظاهر
الرواية وعن أبي يوسف ان
صاحب الاجل اذا أسقط
الاجل لم يصح حتى يرضى
صاحبه والفرق بعرض في
شرح القدرى لمختصر
الكرخي وقيد بشرط الخيار
لان خيار العيب والرؤية
يثبتان في الصرف كفي
سائر العقود الا أن خيار
الرؤية لا يثبت الا في العين
لألمن فانه لا فائدة في رده
بالخيار اذا العقد لا ينقضي
برده وانما يرجع بمسأله
ويجوز أن يكون المقبوض
مثل المردود أو دونه فلا
يفيد الرافعة قال (ولا يجوز
التصرف في ثمن الصرف
قبل قبضه الخ) التصرف
في ثمن الصرف قبل قبضه
لا يجوز فاذا باع دينارا بعشرة
درهم ولم يقبض العشرة
حتى اشترى بها ثوبا فاسد
البيع في الثوب لغوات

لغوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الاجل لان باحدهما لا يبقى القبض مستقفا
و الثاني يغوث القبض المستحق الا اذا أسقط الخيار في المجلس فيعود إلى الجواز لا يرتفعه قبل تفرقه وفيه
خلاف زفر رحمه الله قال (ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا بعشرة دراهم ولم
يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب باسند) لان القبض مستحق بالعقد حقا لله تعالى
وفي تجوز رده فوائده وكان ينبغي أن يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر لان الدرهم لا تتعين فيه صرف العقد
إلى مطلقها

باطلاق اسم الملزوم على اللازم ولا مانع من جعله في حقيقة شرعا وان اسم الراتين الزيادة من الاموال
الخاصة في أحد العوضين في قرض أو بيع ووجه الاستدلال أنه استثنى حالة النقبض من الحرام بمصر
الحل فيها فتبني الحل في كل حال غير ما قد دخل في عموم المستثنى حالة التفاضل والتساوي والمجازفة في كل
ذلك وقوله (الا اذا أسقط الخيار في المجلس) استثناء من لازم قوله لا يصح شرط الخيار وهو لغوات الشرط
المستلزم للبطلان أي شرط الخيار يغوث الشرط الا اذا أسقطه فلا يغوث فيعود إلى الجواز وقد مناه نقل خلاف
زفر فيه هذا وبين الفساد بترك القبض والفساد بالاجل فرق على قول أبي حنيفة في مسئلة وهي ما اذا باع
جارية في عنقها طوق فضة زنتها مائة بالفساد حتى انصرف للطوق مائة من الالف فيصير صرفا فيه وتسعمائة
للجارية يباعها له لو فسد ترك القبض بطل في الطوق وبيع الجارية بتسعمائة صحيح ولو فسد بالاجل فسد
فيهما عند خلافهما و فرق بان في الاول انعقد صحيحا ثم أفسد العقد فيجنس محله وهو الصرف وفي الثاني
انعقد أولا على الفساد فشا وهذا على الصحيح من أن القبض شرط البقاء على الصحة وفي الكامل لو أسقط
الاجل من له الاجل دون الآخر صح في المشهور وليس في الدرهم والدينار خيار روضة لان العقد لا ينفسخ
برده لانه انما وقع على مثله بخلاف التبر والخلي والواقي من الذهب والفضة لانه ينقض العقد برده لتعيينه
فيه ولو وجد أحدهما أو كلاهما دون الافتراق زيفا أو سوا فالحكمه في جميع أبواب الاستبدال والبطلان
كرأس مال السلم (قوله ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه) وكل منهما ثمن الصرف فالجواب أن
لا يجوز التصرف في أحد بدلي الصرف قبل قبضه بجهة ولا بصدق ولا ببيع فان فعل بعض ذلك مع العاقد بان
وهبه البديل أو تصدق به عليه أو أقره منه فان قبل بطل الصرف لتعذر وجوب القبض واذا تعذر الشرط
ينقضي المشروط وان لم يقبل لا ينقض لان البراءة ومما عساهب الفسخ فلا ينقذه أحدهما بعد صحة العقد
وفرع عليه (ما لو باع دينارا بعشرة) مثلا ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب باسند لان
القبض في العشرة (مستحق حقا لله) فلا يسقط باسقاط المتعاقدين فلو جاز البيع في الثوب سقط فلا يجوز

(قوله لان باحدهما لا يبقى القبض مستقفا) أي بشرط الخيار والثاني يغوث القبض المستحق أي
بالاجل (قوله الا اذا أسقط الخيار في المجلس فيه) خلاف زفر رحمه الله وكذا اذا أسقط الاجل بان
سلم في المجلس (قوله ولكننا نقول الثمن في باب الصرف مبيع) فان قيل لوجع كل واحد منهما مبيعا
الاشترط قيام الملك في كل واحد منهما حال العقد حتى لا يصير باععا ليس عنده ولم يشترط قيام الملك

القبض المستحق بالعقد حقا لله تعالى اذ لا يحرم حقا لله والقياس يقتضي جوازه كما نقل عن زفر لان الدرهم لا تتعين فيه صرف العقد
العقد إلى مطلق الدرهم اذا طلاق والاضافة إلى بدل الصرف اذ ذلك سواء وانما قال عن زفر لان الظاهر من مذهبه كذهب العلماء الثلاثة
(قوله وكأنه راجع إلى أن في الاول استحقاق القبض فائت وفي الثاني القبض المستحق شرعا فائت) أقول قوله استحقاق القبض فائت أي لعدم
الملك وقوله القبض المستحق أي لكونه مالا كاقوله شرعا فائت أي للتأجيل (قوله حقا لله تعالى) أقول اذ القبض واجب بالسنه (قوله اذ لا
سواء) أقول يعني التسمية

ولكننا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان المبيع لا بد له منه ولا شيء سوى الثمن فيجعل كل واحد منهما مبيعا مبيعا لعدم الاولوية وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز وليس من ضرورة كونه مبيعا أن يكون متعينا كما

بيع الثوب والصرف على حاله بقبض بدله من عاقده معه واورده عليه ان فساد الصرف حينئذ حق الله وصحة بيع الثوب بحق العبد فتعاضدا فقدم حق العبد لفضل الله سبحانه بذلك أوجب بان ذلك بعد ثبوت الحقين ولم يثبت حق العبد بدله يغوث حق الله بعد تحققه فيمتنع لأنه يرتفع والتقديم فيما اذا ثبتا غير تنفع أحدهما فضلا وقد نقل عن زفر رحمه الله صحة بيع الثوب لان الثمن في بيعه لم يتعين كونه بدل الصرف لان النقد لا يتعين فاضافة العسقل الى بدل الصرف كعدم اضافته فيجوز كيجوز شراء ثوب بدراهم لم يصغها وهذا على احدى الروايتين عنه أن النقود لا تتعين في البياعات فاما على الرواية الاخرى عنه فيجب أن لا يصح بيع الثوب كقولنا فانما قبض بدل الصرف واجب والاستبدال يغوثه فكان شرط ايقاع ثمن الثوب من بدل التصرف شرطا فاسدا فممتنع الجواز لاسقاط الثمن به كذا ذكره غير واحد ولا يخفى كثرة مذكروا في عدم تعين النقد في المبيع من انه لو أشار الى دراهم وعينها كان له أن يحبسها ويدفع غيرها وحاصل شراء الثوب ببديل الصرف ليس الا تعين الثمن الدراهم فلو كان ذلك شرطا فاسدا بمنع الجواز بطل ما ذكرنا في عدم تعين الدراهم في المبيع وكان كما تعينت الدراهم فسد البيع لانه لا يتعين لاجرم أن المصنف انما أجاب بان الثمن في باب الصرف مبيع لاستدعاء البيع مبيعا ولا مبيع فيه سوى الثمن فكان كل عن منهما مبيعا ونحو جعله بدل الثوب ونحو بيعه له وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز يعني واذ لم يجز لم يدخل في ملك بائع الثوب وأنت تعلم أن زفر انما قال يجوز بيع الثوب بناء على عدم تعين بدل الصرف نمننا فجاز أن يعطى من غيره ولا شك أنه يقول بعدم جواز بيع المبيع قبل القبض فاذا قال بفساد بيع هذا الثوب لعدم تعين نقده بدل الصرف في ثمنه كان بالضرورة قائلا بان البيع انعقد موجد دفع مثله ويكون تسمية بدل الصرف بتقدير الثمن الثوب سواء سميت مبيعا أو نمننا لانه انما يلزم بيع المبيع قبل القبض اذا لم تسليمه بعينه وليس هنا هكذا فان كان هذا واقعا لم ينتهض ما دفع به المصنف من ذلك بل يجب صحة بيع الثوب واعطاء ثمن يملكه البائع ولما لم يكن تخليك بائع الثوب بدل الصرف لزم بالضرورة اعطاء غيره وهكذا نقل القدوري عنه أعني أن البيع الثاني جائز ويكون ثمن المبيع مثل الذي في ذمة المشتري قال وهذا على احدى الروايتين عن زفر ان الدراهم لا تتعين فاذا لم يتعين يقع البيع بمثل بدل الصرف وعلى هذا فبطلان بيع الثوب مطلقا كما هو جواب المذهب مشكل وتنظير النهاية بغاصب الدراهم اذا اشترى وأشار اليها ودفع منها حيث يحرم الاتفا على ذلك المبيع حينئذ غير مطابق لان اجازة بيع الثوب على ما قررنا

في الدراهم والدنانير وقت العقد قد ذكر في الكتاب لو باع رجل من آخر دينارين بدراهم وليس في ملك هذا دينار ولا في ملك ذلك دراهم ثم استقرض هذا دراهم ودفعها الى مشتريها واستقرض الآخر دينارين ودفعه الى مشتريه جاز قلنا الدراهم والدنانير قبل العقد وحالة العقد ثمن من كل وجه وانما يعتبر مشمنا من وجه بعد العقد لان اعتباره مشمنا بسبب العقد ضرورة أن العقد لا بد له من مشمن كمال بدله من ثمن فيعتبر كونه مشمنا بعد العقد لا قبله فلا يشترط قيام الملك فيه قبل العقد وهذا كما في بيع العرض بالعرض فان كونه ثمن لا يثبت قبل العقد بوجه من الوجوه لانه مشمن في العمل وانما يصير ثمننا بسبب العقد ضرورة أن العقد لا بد له من ثمن فيعتبر كونه مشمنا قبل العقد حتى يشترط قيام الملك في كل واحد منهما حال العقد ويتعلق العقد بما هو يعتبر كونه مشمنا بعد العقد حتى لا ينسخ العقد لئلا أحدهما بعد البيع قبل القبض كما لو كان ثمنان من كل وجه كذا هذا اذا اعتبر الثمنية قبل العقد في البدلين من كل وجه لا يشترط قيام الملك فيهما قبل العقد ولا يتعلق العقد بالمشاورية اليه (قوله وليس من ضرورة كونه مبيعا أن يكون متعينا) جواب الله كمال وهو أن يقال لو كان مبيعا لكان متعينا قلنا ليس من ضرورة كونه مبيعا أن يكون متعينا فالسلم فيه مبيع غير متعين ولانه ليس بمبيع مطلقا بل هو مبيع من وجه عن من وجه وهو كاف لسلب

ولكننا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان الصرف بيع ولا بد فيه من مبيع ومائة سوى الثمنين وليس أحدهما أولى بكونه مبيعا فيجعل كل واحد منهما مبيعا من وجه وثمنان من وجه وان كانا ثمنين خلقة وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز كما قلنا في المقايضة واعتبرنا كل واحد منهما ثمنان من وجه مبيعا من وجه ضرورة انعقاد البيع وان كان كل واحد مبيعا حقيقة قيل لاسلم عدم الاولوية فان ما دخله الباء أولى بالثمنية وأوجب بان ذلك في الأثمان الجعابة كالمكيلات والموزنان التي هي غير الدراهم والدنانير اذا كانت دينافا في الذمة لا في الأثمان الحقيقية قال (وليس من ضرورة كونه) جواب عما يقال لو كان بدل الصرف مبيعا وجب أن يكون متعينا فقال كونه مبيعا لا يلزم التعيين فان المسلم في

قال المصنف (ولكننا نقول الثمن في باب الصرف مبيع) أقول ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة فلا يعتبر في كونه مبيعا فيما اذا جعل في مقابلة الثوب كما لا يخفى ويؤيد ذلك ما سيجي في بيع الدراهم الغالبة النفس بثلاثها متفاضلا حيث شرط القبض في المجلس (قوله اذا كانت دينافا) أقول وقابلها مبيع

مبيع بالاتفاق وليس بمعين وعروض بان كل واحد منهما لو كان مبيعاً لا يشترط قيام الملك فيهما وقت العقد وليس كذلك فإنه لو باع ديناراً بدينار ومبيع
وليسافي ما حكمهم فاستقرصافي المجلس وادترقاعن قبض وصح وأجيب بان الدراهم والدينار بحالة العقد ثمن من كل وجه وانما اعتبر شئنا بعد العقد
لضرورة العقد فيجعل شئنا بعده ثمناً قبله فلا يشترط وجوده قبله قال (ويجوز بيع الذهب بالفضة بمجازفة) اذا كان الصرف بغير الجنس صح
بمجازفة لان المساواة فيه غير مشروطة لسكن القبض بشرط لقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق وبالأهأ وهأ وهو المعقول المتقدم مراد بقوله
لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه بمجازفة فإنه لا يجوز اذا لم يعرف المتعاقدان قدرهما وان كانا متساويين في الوزن في الواقع لان العلم بتساويهما حالة
العقد شرط صحة لان الفضل حينئذ موهوم والموهوم في هذا الباب كالتحقق والنبي صلى الله عليه وسلم لم يرد المماثلة في علم الله لأنه لا سبيل الى ذلك
وانما أراد المماثلة في علم العاقدين ولم توجد وان لم توجد فان كانا وزنا في المجلس وعلماني (٢٦٥) المجلس تساويهما كان القياس أن
لا يجوز لوقوع العقد فاسدا

فلا ينقلب جائز الكهنهم
استحسنوا جوازه لان
ساعات المجلس كساعة
واحدة وقال زفر رحمه الله اذا
عرف التساوي بالوزن جاز
سواء كان في المجلس أو بعده
لان الشرط هو المماثلة
والغرض وجوده في الواقع
والجواب ما قلنا أن المراد بها
ما هو في علمهما قال (ومن
باع جارية قيمتها ألف مثقال
فضة الخ) الجمع بين النقود
وغيرها في البيع لا يخرج
النقود عن كونها صرفاً بما
يقابلها من الثمن باع جارية
قيمتها ألف مثقال فضة وفي
عقدها طوق فضة فيه ألف
مثقال بألف مثقال ونقد
من الثمن ألف مثقال ثم افترقا
فالذي نقد ثمن الفضة لان
قبض حصاة الطوق في المجلس
واجب حقاً للشرع لكونه
بدل الصرف وقبض ثمن
الجارية ليس بواجب ولا

في المسلم فيه قال (ويجوز بيع الذهب بالفضة بمجازفة) لان المساواة فيه مشروطة فيه ولكن بشرط القبض في
المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه بمجازفة لمافية من احتمال الربا قال (ومن باع جارية قيمتها ألف مثقال
فضة وفي عقدها طوق فضة قيمته ألف مثقال بالنقود فضة ونقد من الثمن ألف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن
الفضة) لان قبض حصاة الطوق واجب في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منه الاتيان بالواجب (وكذا
لو اشترها بالنقود مثقال ألف نسيئة وألف نقد فالنقد ثمن الطوق) لان الاجل باطل في الصرف جاز في بيع
الجارية والمباشرة على وجه الجواز وهو الظاهر منهما (وكذا لسان باع سيفاً بحلى بمائة درهم وحليته خسون

بأن يدفع مثل بدل الصرف لان نفسه (قوله ويجوز بيع الذهب بالفضة بمجازفة) وكذا سائر الاموال الربوية
بخلاف جنسها كالخضرة بالشعير لان المانع من المجازفة اشتراط العلم بالمساواة (والمساواة غير مشروطة فيه)
أي في بيع الذهب بالفضة وكل جنسين مختلفين كذلك لكن بشرط فيه القبض في المجلس لما ذكرنا
يعني قوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق وبالأهأ وهأ لكن العادة في مثله أن يقول لمار وبنات المراء
بالمجلس ما قبل الافتراق بغير المجلس عنه (قوله ومن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة وفي عقدها طوق فيه
ألف مثقال بالنقود فضة ونقد من الثمن ألف مثقال ثم افترقا) صرف النقود الى الطوق وان لم ينص
الدافع عليه وكذا لو قال خذ مني ما صرف أيضاً الى الطوق وصح البيع فيهما بخلاف الجواز بتحكيم ظاهر حالهما
اذا الظاهر قصدهما الى الوجه المعصم لان العقد لا يغيد تمام مقصودهما بالا صحة فكان هذا الاعتبار عملاً
بالظاهر والظاهر يجب العمل به بخلاف ما لو صرح فقال خذ هذه الألف من ثمن الجارية فان الظاهر حينئذ
عارضه التصريح بخلافه فاذا قبضه ثم افترقا بطل في الطوق كما اذا لم يقبضه فان قلت في قوله خذ مني ما عارضه

الجواز اذا الشبهة كالحقيقة في الحرمان (قوله لما ذكرنا) أي من الحديث والمعقول (قوله بخلاف بيعه بجنسه
بمجازفة) لمافية من احتمال الربا وان كانا متساويين في الوزن في الواقع لا يجوزاً بضالان العلم بتساويهما
حالة العقد شرط صحة العقد حتى لو تباعا ذهباً بذهب بمجازفة وافترقا بعد القبض ثم علم بالوزن أنهما كانا
متساويين لا يجوز عندنا خلافاً لفرجه انه (قوله ألف نسيئة وألف نقد) ولو اشترها بالنقود مثقال فضة
نسيئة فسد في الكل عند أبي حنيفة رحمه الله أما الطوق فلنقود القبض وأما في الأمانة فلان المفاسد مقارن
العقد وقد تقرر في الكل معنى من حيث ان قبول العقد في البعض شرط لقبوله في الباقي وعندهما لا يفسد
في الأمانة الفساد بقدر بقدر انفسد عندهما أما لو اشترها بالنقود مثقال ولم ينقد من الثمن شيئا حتى افترقا

(٣٤) - (فخ القدر والكفاية) - سادس - معارضة بين الواجب وغيره والظاهر من حال المسلم الاتيان بالواجب تقريباً
للذمة كما اذا تركت عبدة صلاته وسهاً انما في السهو وسلم تصرف احدي سعد في السهو الى الصلابة وان لم ينوها لكون
الاتيان بهما على وجه الصحة وكذا لو اشترها بالنقود مثقال ألف نسيئة وألف نقد فالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل في الصرف جاز في بيع الجارية
والظاهر من حالهما المباشرة على وجه الجواز وكذا لو باع سيفاً بحلى بمائة درهم وحليته خسون ودفع من الثمن خمسين فان دفع سائر ثمنهما
جاز البيع وكان المقبوض حصاة الخلية لما بيننا أن الظاهر الاتيان بالواجب وان صرح بذكرهما فكذا لان الاتيين قد برأبذ كرهما الواحد
فان الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان وانما يخرج جان من أحدهما فيجمل عليه بقرينة الحال وان قال عن ثمن الخلية خاصة فلا كلام فيه

قوله اذا عرف التساوي بالوزن الخ أقول فيه بحث فإنه اذا لم يوزن أصلاً فالعلة تحكم في الجواز كما صرح به الشارح وغيره في مسألة السيف
والخليفة فلا وجه لتعليق الجواز بعرفة الوزن فليتأمل في جوابه

فدفع من الثمن خمسين جاز البيس وكان المقبوض حصصة الغضتوان لم يبين ذلك لمنايينا وكذلك ان قال نخذ هذه الخمسين من ثمنهما) لان الاثنين قد يراد بكهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد أحدهما فعمل عليه لظاهر حاله (فان لم يتقاض حتى افتراق بطل العقد في الحلية) لانه صرف فيها (وكذا في السيف ان كان لا يتخلص الا بضر) لانه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا لا يجوز افراذه بالبيع كالجذع في السقف (وان كان يتخلص بغير ضرر جاز البيس في السيف وبطل في الحلية) لانه أمكن افراذه بالبيع فصار كالطوق والجارية وهذا اذا كانت الغضة المفردة أزيد مما فيه فان كانت مثله أو أقل منه أو لا يدري لا يجوز البيس للرب بأول احتماله وجهة الصفة من وجوه الفساد من وجهين فترجح

أيضا قلنا لا نسلم لان المثنى قد استعمل في الواحد أيضا (قال تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد من أحدهما) وهو البحر الملح وبما عثر الجن والانس ألم باتكم رسل منكم وانما الرسل من الانس في مذهب أهل الحق وقال تعالى نسيحوتهم ما وانما نسيه فتى موسى (وقال صلى الله عليه وسلم في) قصة (مالك بن الحويرث وابن عمه اذا سافرا فافا ذنارا قويا وانما اراد أن يؤذن أحدهما) وقال تعالى قد أجبت دعوتكما والمراد دعوة موسى الا أنه قد قيل أن هرون كان يؤمن على دعائه فاذا صح الاستعمال وكثر وجب الحمل عليه لما لنا وذكرنا من قريب أنه لو كان الفساد بسبب الاجل في العقد شاع الفساد في الجارية أيضا على قول أبي حنيفة رحمه الله لأن الفساد في ابتداء العقد بخلافه عن الافتراق هذا ولقد وقع الافتراق في صورة المسئلة حيث جعل طوقها ألف مثقال فضة فانه عشرة أرطال بالمصري ووضع هذا المقدار في العنق بعيد عن العادة بل نوع تعذيب وعرف من هذا الوجه أن كون قيمتهما مع مقدار الطوق متساويين ليس بشرط بل الاصل أنه اذا بيع تقديم غيره بتقد من جنسه لا بد أن يزيد الثمن على النقد المضموم اليه ومثل هذا فيما اذا باع سيفا على بمائة وحليته خسون بمائة وخمسين أو بمائة وعشرة فدفع من الثمن خمسين فانه يجب فيه هذه الاعتبارات ولو لم يتقاض في الصورتين حتى افتراق بطل في حصصة الطوق والحلية لانه صرف فيها ويصح في الجارية وأما السيف فان كانت الحلية لم تتخلص منه الا بضر فبه فسد في السيف أيضا لانه لا يمكن تسليمه الا بضر فبه وهذا لا يجوز افراذه بالبيع كما مر في جذع من سقف فان كان يتخلص بلا ضرر جاز فيه كالجارية لانه أمكن افراذه بالبيع وبطل في الحلية خاصة ثم الجواب في المسئلتين مقيد بما اذا كانت الغضة المفردة يعني الثمن أكثر من الطوق والحلية فان كانت مثله أو أقل ولا يدري واختلف المقومون في ذلك لا يجوز البيس للرب باحقيقة فيما اذا كانت أقل أو مساوية بسبب زيادة البطل الا تحرو هو البيس الغضة زيادة من جنسه أو من غيره وهو نفس الجارية والسيف أو احتمال الزيادة اذا لم يدر الحال وتقدم أنه لا بد من العلم بالمساواة فان قيل في صورة الاحتمال لم يقطع بالفساد أجاب بان جهة الفساد متعددة فانها من وجهين وهو نحو الزيادة والمساواة بخلاف الصحة فانها على تقدير واحد وهو الزيادة فترجح جهة الفساد على أن مجرد احتمال الربا كاف في الفساد فلا حاجة الى الترجيح

بطل في الطوق دون الجارية بالاجماع لان الفساد في الطوق طارئ فلا يتعدى الى الامة (قولنا لمنايينا) إشارة الى قوله لان قبض حصصة الطوق واجب في المجلس ولو قال نخذ هذه الخمسين من ثمن السيف خاصة وقال الآخر نعم أو قال لا وتفرقا على ذلك انتقض البيس في الحلية لان الترجيح في الاستحقاق عند المساواة في العقد أو الاضافة ولا مساواة بعد تصريح الدافع بكون المدفوع من ثمن السيف خاصة والقول في ذلك قوله لانه هو المالك والقول في بيان جهة التملك اليه كذا في المبسوط (قوله ولربا) أي فيما اذا كانت مثله أو أقل منه أو لا احتماله أي فيما لا يدري وفيه خلاف زفر رحمه الله (قوله وجهة الفساد من وجهين) بتقدير المساواة والنقصان والحواز بتقدير الزيادة ولو استوت الجهتان لترجح جهة الفساد احتياطا فانك اذا كانت جهة الفساد أكثر فان قيل الترجيح انما يكون بشئ لا يكون عليه لاثبات الحكم ابتداء وهما كل واحد من الجهتين أعني المساواة والنقصان من المقر وعلة عدم الجواز ابتداء فلا يصلح للترجح قلنا مراده أنه اذا كان أحدهما

وان قال عمن ثمن السيف خاصة وقال الآخر نعم أولا وتفرقا على ذلك انتقض البيس في الحلية لان الترجيح بالاستحقاق عند المساواة في العقد والاضافة ولا مساواة بعد تصريح من القول قوله ان المدفوع من السيف فان لم يتقاض شيأ حتى افتراق بطل العقد في الحلية لانه صرف فيها وأما في السيف فان كان لا يتخلص الا بضر فكذلك لعدم امكان التسليم بدون لهذا لا يجوز افراذه بالبيع كالجذع في السقف وان كان يتخلص بلا ضرر جاز في السيف وبطل في الحلية لانه أمكن افراذه بالبيع فصار كالطوق والجارية (قوله وهذا اذا كانت الغضة المفردة) يعني الثمن (أزيد مما فيه) أي البيس تعميم للكلام لان فرض المسئلة أن الحلية خسون

(قوله وان قال عمن ثمن السيف الى قوله لان الترجيح الخ) أقول فيه بحث

والثمن ما تم فكأن ذكره مستغنى عنه لكنه عم الكلام لبيان الاقسام الاخرى اربعة الاول أن يكون وزن الغضة المفردة أو وزن الغضة التي مع غيرها وهو جائر لان مقدارها يقابلها والرائد يقابل الغير فلا يفيض الى الـ بالواو الثاني أن يكون وزن المفردة مثل المنضمته وهو غير جائز لانه ربا لان الفضل ربا سواء كان من جنسها أو من غير جنسها والثالث أن تكون المفردة أقل وهو أوضح والرابع أن لا يدرى مقدارها وهو فاسد لعدم العلم بالمساواة عند العقد وتوهم الفضل خلافاً لفران الاصل هو الجواز والمفسد هو الفضل الخالي عن العوض فان لم يعلم به حكم بجوازه والجواب أن ما لا يدرى يجوز في الواقع أن يكون مثلاً وان يكون أقل وان يكون زائداً فان كان زائداً جاز والافسد فتعددت جهة الفساد فتبحث واعترض بان كل جهة منها ماعلة للفساد فلا تصلح للترجيح وأجاب شمس الأئمة الكردى رحمه الله بان مراده أنه اذا كان أحدهما يكتفى للعكم فسا طنك بهما لا الترجيح الحقيقي اذا تعارض بين المفسد والمصحح فيما يلحق الشبهة فيه بالحقيقة قال (ومن باع اناء فضة ثم افترقا الخ) (ومن باع اناء فضة بفضة أو بذهب وقبض بعض الثمن دون بعض وافترقا بطل البيع فيما لم يقبض ثمنه (٢٦٧) وصح فيما قبض واشترى كافي الاناء

لانه صرف كما وقد وجد شرط بقاء العقد في بعض دون بعض فصح أي بسقي صححاً في بعض وبطل في آخر وهذا بناء على أن القبض في المجلس شرط البقاء على الجواز فيكون الفساد طارئاً فلا يبطل البيع لا يقال على هذا يلزم تفريق الصفة وذلك فاسد لان تفريق الصفة قبل تمامها لا يجوز زوها الصفة اتماماً فلا يكون مانعاً وقد تقدم معنى تمام الصفة قال (ولو استحق بعض الاناء الخ) أي ولو استحق بعض الاناء في هذه المسئلة فالمشترى بالخيار ان شاء أخذ الباقي بحصته وان شاء رد لان الاناء تعيب بعيب الشركة اذا اشترى في الاعيان المجتمعة تعدعياً لا تنقاصاً بالتبعض وكان ذلك بغير صنعه فيختير

قال (ومن باع اناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركاً بينهما) لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد الفساد طارئاً لانه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع قال (ولو استحق بعض الاناء فالمشترى بالخيار ان شاء أخذ الباقي بحصته وان شاء رده) لان الشركة تعيب في الاناء (ومن باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها أخذ الباقي بحصتها ولا خيار له) لانه لا يضره التبعض قال (ومن باع درهمين وديناراً بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه) وقال زفر والشافعي رحمه الله لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كرسعير وكرسعيرة بكري شعير وكري حنطة

مع انه مرد عليه أن الترجيح بما يصلح بنفسه ماعلة للفساد ويحتاج الى الجواب بان المعنى ان احتمال أحدهما فقط مفسد فكيف اذا اجتمع وعلى هذا كل ما اشترى بالغضة فضة ثم غيرها أو بالذهب ذهباً ثم غيره (قوله) (ومن باع اناء فضة بفضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركاً بينهما) لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يقبض (لا يشيع) (الفساد) في السكك لانه (طارئ) بعد صحة العقد في السكك بناء على ما هو المختار من أن القبض قبل الافتراق شرط البقاء على الصحة لا شرط الانعقاد على وجه الصحة في السكك (فيصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع) ولا يختير واحداً من المتعاقدين لان عيب الشركة كجاء بفعلها وهو الافتراق بقبض بخلاف ما لو استحق بعض الاناء فان المشتري بالخيار ان شاء أخذ الباقي بحصته وان شاء رده (لان الشركة تعيب) ولم يحدث بصنعه بخلاف ما لو باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها حيث يأخذ الباقي بحصتها (ولا خيار له لانه لا يضره التبعض) فلم يلزم العيب وهو الشركة لا مكان أن يقطع حصته منها (قوله) (ومن باع درهمين وديناراً بدرهم ودينارين جاز البيع) وجعل كل واحد من الجنسين (بخلافه) فيعتبر الدرهمان بالدينارين والدرهم بالدينار (وقال زفر والشافعي رحمه الله لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كرسعير وكرسعيرة بكري شعير وكري حنطة) أو باع السيف

يكتفى للعكم فسا طنك باجتماعهما لا الترجيح الحقيقي (قوله) لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد بخلاف مسئلتى الجار يشمع الطوف والسيف مع الحلية فان كل واحدة منهما صرف وبيع فاذا نقد بدل الصرف صح في السكك (قوله) (وكان الاناء مشتركاً بينهما) ولا يقال ان فيه تفريق الصفة على المشتري فينبغى أن يختير لان التفريق من جهة الشرع باشرط القبض لامن العاقد فصار كماله أحد

بخلاف صورة الافتراق فان العيب حدث بصنعه منه وهو الافتراق لاعتن قبض قال (وان باع قطعة نقرة الخ) المراد بالنقرة قطعة فضة مذابة فاضافة القطعة الى النقرة من باب اضافة العام الى الخاص واذا باع قطعة نقرة بذهب أو فضة ثم استحق بعضها أخذ الباقي بحصتها ولا خيار له لان الشركة فيها ليست بعيب لان التبعض لا يضره بخلاف الاناء قال (ومن باع درهمين وديناراً بدرهم ودينارين جاز البيع الخ) رجسلى باع درهمين وديناراً بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه وقال زفر والشافعي رحمه الله لا يجوز وعلى هذا اذا باع كرسعير وكرسعيرة بكري شعير وكري حنطة والاصل أن الاموال الربوية المختلفة الجنس اذا اشتمل عليها الصفة وكان في صرف الجنس الى الجنس فساد بالمبادلة بصرف كل جنس منها الى خلاف جنسها عند العلماء الثلاثة تصحيحاً للعقد بخلافهما قالان في الصرف الى خلاف الجنس تغير تصرفه لانه قابل الجلة بالجلة ومن قضية التقابل الانقسام على الشيوع اعلى التعيين ومعنى الشيوع هو أن يكون لكل واحد من البدلين حظ من جلة الآخر

ولهما من في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل للجله بالجله ومن قضيته الانقسام على الشيوخ
لاعلى التعيين والتغيير لايجوز وان كان فيه تصحيح التصرف كما اذا اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعها
مرا بحة لايجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بالفرهم ثم باعه قبل نقد الثمن
من البائع مع عبدا آخر بالف وخمس مائة لايجوز في المشتري بالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه
وكذا اذا جمع بين عبده وعبده غيره وقال بعثك أحدهما لايجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا
اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوبا باعترقا من غير قبض فسد العقد في الدرهمين ولا يصرف الدرهم الى الثوب
لما ذكرنا

الحلى بغضة بسيف محلى بغضة ولا يدري مقدار الحلين وكذا درهم ودينار بدرهمين ودينارين (لهما من في
الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه) أي تصرف العاقد (لانه قابل للجله بالجله ومن قضيته الانقسام على
الشيوخ لاعلى التعيين) وهو أن يكون كل جزء على الشيوخ مقابلا لكل جزء على الشيوخ فيندرج فيه
جنس ذلك الجزء وخلاف جنسه وأجزاء جنسه أكثر إذا أجزاء دينارين أكثر من أجزاء دينار واحدة
وليس المعنى أن كل جزء معين مقابل بكل جزء على العموم والا كانت الدرهم من الدينار مقابلة بجميع
الدينارين والدرهم فلم يبق للدرهم ما يقابلها أو يقابل الشكل بنفسه أشياء كثيرة وهو اعتبار يمكن لكنه
مستنكر وهو أن يقابل الدرهم بالدرهم ثم تكون هذه الالف بنفسها مقابلة للدرهم أخرى وأخرى ولانه حينئذ
ينتفي الانقسام بادنى تامل والدليل على أن الانقسام كما ذكرنا لما لو اشترى عبدا بدينارين بثوب وفسر ثم
استحق العبد ربح بقيمة العبد في الثوب والفرس جميعا ولولا أن الانقسام على الشيوخ لما وجد في
الثوب والفرس جميعا وتغيير تصرفهما لايجوز وان كان فيه تصحيح التصرف بدليل الاجماع على أن من
اشترى قلبا بوزنه عشرة عشرة وثوبا بعشرة ثم باعه مائة بحدثة واحدة لايجوز وان امكن صرف
الربح الى الثوب وحده ليخالف القلب عن التفاضل وكذا اذا اشترى عبدا بالف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع
مع عبدا آخر بالف وخمس مائة لايجوز ويفسد في المشتري بالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا
اذا جمع بين عبده وعبده غيره وقال بعثك أحدهما لايجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع
درهما وثوبا بدرهم وثوبا باعترقا من غير قبض فسد في الدرهمين ولا يصرف الى الثوب لما ذكرنا فهذه

العوضين ولان الشركة وقعت بصنعه وهو الافتراق قبل نقد كل الثمن (قوله ومن قضيته الانقسام على
الشيوخ) بان ينقسم كل بدل من هذا الجانب على البدلين من ذلك الجانب وكذا كل بدل من ذلك الجانب على
البدلين من هذا الجانب ومقتضى وجبت المقابلة هكذا جاء التفاضل ضرورة اذا الخلطة والشعير والدرهم
والدينار من أحد الجانبين أكثر فيحقق الربا في صرف الجنس الى خلافه تغيير تصرفه واثبات مقابلة لا دليل
عليها في لفظه نعم فيه تصحيح تصرفه ولكن تغيير التصرف لا يصح تصحيح التصرف كما في المسائل المذكورة
ولنا أن العقد يقتضي مطلق المقابلة لا مقابلة الشكل بالكل بطريق الشيوخ ولا مقابلة الفرد بالفرد من جنسه
أو من خلافه بنسبه لانها مقابلة مقيدة واللفظ المطلق غير معرض لواحد منهما ولكن هذا يحتل مقابلة
الفرد وسائر وجوه المقابلة لا يقتضي الاطلاق وذلك لان الذات لا تخلو عن وصف من الاوصاف كما عرف في
الرقبة ألا ترى أنه لو أتى بهذه المقابلة ثم قال على أن يكون الجنس بخلاف الجنس يصح وبصير الفرد مقابلا
بالفرد ولولا الاحتمال لما صح التفسير به ولما كانت هذه المقابلة تحتل مقابلة الفرد وهو طريق متعين
لتصحيحه وجب أن يحمل عليه تصحيح التصرف ولهذا وجب حمل كلامه على الجواز اذ لم يصح الا بالجل عليه وبه
تبين أنه ليس بتغيير لكلامه بل هو تعيين أحد المحتملين ولئن كان فيه تغيير فقيه تغيير وصفتهم هو بطلان
صفة الشيوخ لأصله اذ موجه الاصل ثبوت المال في الشكل بمقابلة الشكل وهو باق بعبده ولهذا أقول بالفرد
بالفرد في الجنس بالجنس بان باع دينارين بدينارين حتى لو قبض كل واحد منهما دينارا يصح العقد فيه فلو

والدليل على ذلك الوقوع
فانه اذا اشترى قلبا أي سوارا
بعشرة وثوبا بعشرة ثم
باعها مائة لايجوز وان
أمكن صرف الربح الى
الثوب وكذا اذا اشترى

عبدا بالف ثم باعه مع عبدا
آخر قبل نقد الثمن من
البائع بالف وخمس مائة لا
يجوز في المشتري بالف
وان امكن تصحيحه بصرف
الالف اليه وكذا اذا جمع
بين عبده وعبده غيره فقال
بعثك أحدهما لايجوز وان
أمكن تصحيحه بصرفه الى
عبده وكذا اذا باع درهما
وثوبا بدرهم وثوبا باعترقا
من غير قبض فسد البيع
في الدرهم ولا يصرف الى
الثوب وليس ذلك كله الا
لما ذكرنا ان قضيته هذه
المقابلة الانقسام على
الشيوخ دون التعيين
فالتعيين تغيير والتغيير لا
يجوز

(قوله والدليل على ذلك
الوقوع الخ) أقول لا يطابق
المشروح (قوله لما ذكرنا
ان قضيه هذه المقابلة الخ)
أقول ذلك في الثالث غير
ظاهر اذ ليس فيه مقابلة
الجله بالجله فليتأمل

ولنا ان المقابلة المطلقة تحتل مقابلة الفرد كفي مقابلة الجنس بالجنس وانه طريق متعين لتصحبه فيحمل عليه تصحيحا لتصرف وفيه تغيير وصفه لا اصله لانه يبقى موجب اصله وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه بخلاف ما عدم المسائل امام مسئلة المراجعة فلانه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الشوب والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشتري وفي الثالثة اضيف البيع الى

أحكام اجماعية كهادالة على أن تغيير التصرف لا يجوز ان يتوصل به الى تصحيحه قال امام الحرمين والمعتمد عندي في التعليل اننا نعبدنا بالمماثلة تحقيقاتها ونالم تحقيق فيفسد العقد قال صاحب الوجيز وللخصم أن يقول تعبدنا بتحقيق المماثلة فيما اذا تعضت مقابلة الجنس بالجنس أم على الاطلاق فان قلت الثاني فهو نوع وان قلت الاول فسلم وليس صورة الخلافية انتهى ببعض تغيير وحاصله أن على تقدير مقابلة الجاية بالجاية والجزء الشائع بالشائع لا يقتضي الربا والغاد وانما يقتضيه لو كان التفاضل لازما حقيقة وذلك لا يكون الا اذا قوبل معين معين وتفاضلا وحيداً لا حاجة في التصحيح الى التوزيع بصرف كل الى خلاف جنسه عينا لكان الاصحاب اقبحوه بناء على أصلي اجماعي وهو أن مهما أمكن تصحيح أنصرف المسلم العاقل يرتكب وله نظائر كثيرة ولهذا يحمل كلامه على المجاز وترك حقيقة شبهة اذا كان لا يصح على تقديره ويرجى في كلامه زيادة لم يتلفظ بها اذا كان لا يصح الا بذلك كأنهم نظروا الى أن المقابلة على وجهه الشيعيوع ان لم تقتض حقيقة الربا استلزم شبهة وشبهة الربا معترضة لحقيقة فقالوا العقد كذلك انما يقتضي مطابق المقابلة لمقابلة الكل بالكل ولا الفرد بالفرد من جنسه أو من خلاف جنسه لان اللفظ مطابق غير معرض لواحد من جنسها لكان مع عدم الاقتضاء يحتل مقابلة الفرد بالفرد وهو الجنس المعين هنا بجنس معين بدليل أنه يصح تفسيره بأنه لو قال بعث هذين الدرهمين والدينارين بدينارين ودرهم على معنى أن الدرهمين بالدينارين والدينارين بالدرهمين صح وهو طريق متعين للتصحيح فوجب حمله عليه وعلى هذا التقدير لا حاجة الى قول المصنف وفيه تغيير وصف العقد كأنه نظر الى أن الظاهر هو مقابلة

ولنا أن المقابلة المطلقة تحتل مقابلة الفرد فكأن جائز الإرادة فينبغي أن يكون مراداً أمانه جائز الإرادة

(قوله فلان كل مطلق يحتمل المقيد الخ) أقول فيه بحث

قوله بلت الأجزاء بالأجزاء ما صح لان المقبوض حينئذ يكون مقابلاً بالمقبوض وغير المقبوض وصار كالباع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره فانه ينصرف الى نصيبه وان كان فيه تقييد كلامه تصحيحا لتصرفه وكذلك الباع عبد بالف درهم وفي البلد نقود مختلفة وبعضها ربح يحمل مطلق كلامه عليه تصحيحا لتصرفه وان كان فيه تقييد كلامه (قوله وفيه تغيير وصفه لا أصله) أي وفيما قلنا من مقابلة الفرد بالفرد تغيير وصف العقد لما أن وصف العقد يقتضي الانقسام بالشيعيوع لكن الانقسام بالشيعيوع تغيير أصل العقد لان أصل العقد الصحيح الذي يثبت الملك قبل القبض فلو قلنا بالانقسام بالشيعيوع يفسد العقد ولا يثبت الملك قبل القبض فكان تغيير الأصل العقد بسبب رعاية وصف العقد وفي مقابلة الفرد بالفرد بقاء الأصل العقد على قضيته وهو ثبوت الملك في الكل قبل القبض مع تغيير الوصف فكان أهون التغيير من فكان أولى وفي المبسوط ولو صرف الجنس الى خلاف الجنس صح العقد ولا معارضة بين الجائز والغاسد فالجائز مشروع باصله ووصفه والغاسد مشروع باصله حرام بوصفه واذا لم تتحقق المعارضة يترجح ما هو مشروع عن كل وجه على ما هو مشروع ومن وجه (قوله لانه يصير تولية) أي تغيير أصل العقد لانه عقد المراجعة فلو صحنا تصرفه يصير تولية (قوله والطريق في المسئلة الثانية غير متعين) أي طريق الجواز لانه كما يجوز أن تنصرف الالف الى المشتري فكذلك يجوز بان تنصرف اليه ألف واحد أو اثنان أو ثلاثة والى الآخرة بمائة وتسعة وتسعين أو شئ ولو جوه كلها سواء وليس بعضها أولى من البعض فيفسد العقد لجهالة طريق الجواز فان قبل قد تعدد طريق الجواز هنالكا اذا صرفنا الدرهم الى الدينارين والدينارين الى الدرهمين يصح واذا صرفنا نصف الدينارين الى الدرهمين والدرهمين مع نصف الدينارين الى الدينارين يصح فلما نعلم الآن التعددا انما يمنع الجواز اذا لم يترجح

فلا من كل مطلق يحتمل المعيد لا محالة ولهذا اذا باع كرحضة بكرم فافسد لان الكرم قابل الكرم وفضل الاخر واما وجوب ان يكون مراد افلا له
طريق متعين لتصحح العقد فيجب سلو كونه واثمن منع تعينه لذلك لا يمكن ان يكون درهم من الدرهمين بمقابلة درهم والدرهمين الاخر بمقابلة
دينار من الدينارين والدينار بمقابلة الدينارين الاخر قلنا غلط لاننا ما اردنا من الطريق الى الصرف الى خلاف الجنس على أي وجه كان على
ان قيماد كرتهم تغيران كثيرة وما هو اقل (٢٧٠) تغييرا متعين والجواب عن قوله ما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه ان يقال

المنكر وهو ليس بعمل للبيع والمعين ضد وفي الاخرة انعقاد العقد صحيحا والفساد في حالة البقاء وكلامنا
في الابتداء

الجملة بالجملة شائعة الاصله لانه يبيح موجه وهو ثبوت الملك في السكك بمقابلة السكك وصار كما نقفنا عليه فيما اذا
باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه صحيحا لتصرفه بخلاف المسائل المذكورة فان عدم
الصرف فيها لعدم الامكان والتعيين اما مسألة المراجعة فعدم الصرف لانه يتغير اصل العقد اذ يصير تولية في
القلب واعتراض بان مقتضى ما تقدم من وجوب حمل المثل على الواحد في مسألة الطوق والجارية ان يحمل
قوله بعتهما بعشر من مائة فبهما بعشرة ان يحمل فبهما على احدى بعين الثوب كما حمل قوله خذ هذه
الالف من ثمنهما على ثمن احدى هما وهو الطوق وكون الطوق لم يصير مائة لا يضر اذ يصدق ان العقد مائة
بثبوت الرجوع في بعض مبيعات الصفقة الواحدة وفي المسئلة الثانية وهو ما اذا باع عبد اشتراه بالف ممن اشتراه
منه مع عبدا آخر بالف وخمس مائة طريق تصحيحه غير متعين ان يكون بصرف الجسمانية الى العبد الاخر
فيكون بائعا ما اشتراه ممن اشتراه منه بمثل ما اشتراه منه لانه كما يكون بذلك يكون بصرف أكثر من الجسمانية
لدرهم او درهمين او غير ذلك الى العبد الاخر فيصير بائعا للمشتري ممن اشتراه منه باقل مما اشتراه منه
ونقض بان طريق الصحة فيضاليس متعينا فيما قلتم بل له وجه آخر وهو ان يعتبر بمقابلة درهم من الدرهمين
بمقابلة الدرهم ودينارين من الدينارين بمقابلة الدينارين والدينارين الاخر بمقابلة الدرهمين اوجب بان التغيير ما يمكن
تقليبه متعين وتصحح التصرف مع قلته التغيير لا يكون الا بمقابلة فكان ما قلنا متعينا بخلاف ما فرض فان فيه
ثلاث تغييرات وايضا فان الذي ادعيناه طر يقام تعينه هو صرف الجنس الى خلاف الجنس كيف كان
لا يخصوص ذلك الطريق وما ذكرتم من ذلك ومن ان يصرف نصف درهم الى نصف درهم والنصف
الاخر بمقابلة الدينارين في فروض كثيرة لا يخرج عن صرف الجنس الى خلاف الجنس والى هذا رجح قول
صاحب السكك في الجواب التعدد انما يمنع الجواز اذا لم يكن لاحد الوجه ترجيح بل تساوت لانه حيث لا يلزم
الترجيح بلا مرجح فتمنع الوجه فيمتنع اما اذا كان فلا وفيما اعتبرناه ذلك لان العقد ورد على اسم الدرهم
والدرهمين فلا يغير عنه ونحن اسلفنا الثاني اصل هذا الاصل نظر الاستدلال جواز ثبوت الشيء بعلم مستقلة
اجتمعت دفعة واما في المسئلة الثالثة وهي ما اذا جتمع بين عبده وعبده غيره وقال بعثك احدىهما فلان البيع
اضيف الى المنكر وهو ليس بعمل للبيع لجهالتهم ولان المعين ضده فلا يحمل الشيء على ضده فليس بشي لان
المعرفة بمصادقات الشكوك فان زيدا يصدق عليه رجل ولا شك انه يحتمل فيجب حمله عليه وقد قال ابو حنيفة في
قوله عبدي او حاري حرا نه يعتق العبد ويجعل استعارة المنكر للمعرفة وكذا ما قيل ان تصحيح العقد يجب
في حمل العقد هو لم يصف الى المعين واعلم ان ما ورد على دفع النقوض المذكورة ان لفظه جواب فذلك

فيه تغيير وصف التصرف
أو أصله والاول مسلم ولا
نسلم انه مانع عن الجواز
والثاني ممنوع لان موجه
الاصلي وهو ثبوت الملك في
السكك بمقابلة السكك بان على
حاله لم يتغير وصار هذا كما
اذا باع نصف عبد مشترك
بينه وبين غيره ينصرف الى
نصيبه صحيحا لتصرفه وان
كان في ذلك تغيير وصف
التصرف من الشيوع الى
معين لما كان أصل
التصرف وهو ثبوت الملك
في النصف باقيا ثم اجاب عن
المسائل المستشهد بها أما
الاولى اعني مسألة المراجعة
فبقوله لانه يصير تولية في
القلب بصرف الرجوع كله
الى الثوب ولا يتحول من ان
يكون مراده انه يغير في
الاصل او غير ذلك فان كان
الثاني فلم يبينه وان كان
الاول فهو ممنوع لما تقدم
في باب زيادة الثمن والمثل
ان الانتقال من الزيادة الى
النقصان تغيير العقد من
وصف مشروع الى وصف
مشروع ولعله يجوز ان
يقال ان ذلك في المساومة
اما اذا صرحا بذكر المراجعة

احد وجوهه ولما ذكرناه رجح لان العقد ورد باسم الدراهم فتجوز به مع بقاء اسم الدراهم اولى (قوله)
والفساد في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء) والحاجة الى التصحيح فوق الحاجة الى البقاء على الصلة لانه لا
الصحة يكون هو تركها للمعمر في مباشرة التصرف ولا كذلك البقاء على الصحة ولان الفساد ثمة موهوم

قال
غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الف للمشتري وقد تقدمت هذه المسئلة في شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن واما الثالثة فلا منه
اضيف البيع الى المنكر والمنكر ليس بعمل للبيع والمعين ضده والشي لا يتناول ضده واما في الاخرة فان العقد قد انعقد صحيحا وفسد حالة
البقاء بالافتراق بلا قبض وكلامنا في الابتداء يعني ان الصرف الى خلاف الجنس لصحة العقد ابتداء وهو في الابتداء صحيح
(قوله فهو ممنوع لما تقدم في باب زيادة الثمن) أقول لعل مراده هو المنع اللغوي فلا يرد أنه يؤل الى مقابلة المنع بالمنع

قال (ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جازا البيوع وتكون العشرة بمثابة دينار بدرهم) لان شرط البيوع في الدراهم التماثل على ما روينا فالظاهر انه أراد به ذلك فبقى الدرهم بالدينار وهما جنسان ولا يعتبر التساوى فيهما (ولو تباعا فبفضة أو ذهباً بذهب أو أحدهما أقل ومع أقلهما شيء آخر تبلغ قيمته باقي الفضة جازا البيوع من غير كراهية وان لم تبلغ فمع الكراهية وان لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيوع) لتحقيقه

والا فلا يضره النقض في اثبات المطلوب اذا غايتة أنه خطأ في محل آخر اذا اعترف بخطئه في محل النقض وذلك لا يوجب خطأه في محل النزاع وأمّا في المسئلة الأخيرة وهي ما اذا باع درهما وثوب بدرهم وثوب واكثر قابلاً بقض فليس مما نحن فيه فان العقد انعقد صححوا وانما طرأ الفساد بالافتراق والصرف لدفع الفساد وهو قد انعقد بلا فساد وكلاهما ليس في الفساد الطارئ فان قيل فليس صرف الجنس الى خلاف جنسه ليقى صححوا كما يصرف لينة عقد صححوا والمقتضى واحد فيهما وهو الاحتمال للصحة قلنا الفساد هناك ليس طرأه متحققاً ولا مظنوناً فيجب اعتباره للصرف من أول الامر بل يتوهم لان الظاهر أنهما يتعاضدان بعدما عقداً قبل الافتراق فلا يحتاج الى ذلك الاعتبار وأمّا المسئلة المستثناة من الأولى وهي الرجوع عن ثمن الثوب والغرس فانما تشهد على أن المقابلة للجملة بالجملة على الشيوع ونحن نقول هو الاصل وانما قلنا اذا كان تصحيح العقد يحصل باعتبار التوزيع وجب المصير اليه وهو ثابت في المسئلة المفروضة ألا ترى الى ما في الايضاح قال الاصل في هذا الباب ان حقيقة البيوع اذا اشتملت على ابدال وجب قسمة أحد البدلين على الآخر وتظهر القائدة في الرد بالعيب والرجوع بالثمن عند الاستحقاق وجوب الشفعة فيما يجب فيه الشفعة فان كان العقد بمالار باقية فان كان مما لا يتفاوت بالقسمة على الاجزاء وان كان مما يتفاوت بالقسمة على القيمة أو ما فيها فية الى بافاً مما يجب القسمة على الوجه الذي يصح به العقد مثاله باع عشرة دراهم بخمسة دراهم ودينار يصح العقد فان الخمسة بالخمسة والخمسة بالآخرى بازاء الدينار وكذا لو قابل جنسين بجنسين كما في مسئلة الكتاب انتهى ونظير المسئلة المذكورة المسئلة التي تلي هذه وهي قوله (ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جازا البيوع وتكون العشرة بمثابة دينار بدرهم لان شرط البيوع في الدراهم التماثل وهو بذلك فبقى الدرهم بالدينار وهما جنسان لا يعتبر التساوى بينهما ثم فرع المنصف فرعين فيه أن بعض هذه المبيعات وان كانت جائزة في الحكم فهي مكرهة فقال (ولو تباعا فبفضة أو ذهباً بذهب) يعني واحد منهما أقل من الآخر إلا أن مع الأقل شيء آخر كفلس أو غيرهما يبلغ قيمته قدر الزيادة في البدل الآخر أو أقل بقدر يتغابن فيه فالبيوع جائز من غير كراهية وان لم يكن فهو جائز مع الكراهية كأن يضع معه كفاساً زيباً أو فلسين وقيل لمحمد كيف تجده في قليل قال مثل الجبل ولم تر والكراهية عن أبي حنيفة بل صرح في الايضاح أنه لا بأس به عند أبي حنيفة قال وانما كره محمد ذلك لانه اذا جاز على هذا الوجه ألف الناس التفاضل واستعملوه فيما لا يجوز وهكذا ذكر في المحيط أيضاً وقيل بما كرهه لانهم ما باشر الحيلة لاسقوط الربا كببيع العينة فانه مكره ولهذا وأوردوا لو كان مكرهاً كان البيوع في مسئلة الدرهمين والدينار بدرهم ودينارين وهي المسئلة الخلافية مكرهة ولو لم يذكره أجيب بأنه انما لم يذكر الكراهية هناك لانه وضع المسئلة فيما اذا كان الزائد ديناراً بمقابلة الدرهم وقيمة الدينار تبلغ الدرهم وتزيد وحينئذ لا كراهية ولا يخفى أن العقد واحد وكأن قيمة الدينار تبلغ وتزيد على قيمة الدرهم فالدرهم لا تبلغ قيمته لجواز أن يتعاضداً في المحاسن وهذا محقق (قوله ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار) في هذه المسئلة أحد الطرفين جنس واحد والاخر مشتمل على جنسين (قوله على ما روينا) وهو قوله عليه السلام الفضة بالفضة مثل بمثل والظاهر أنه أراد به ذلك أي أن البائع أراد بهذا العقد العتد الذي ذكرناه وهو أن تكون العشرة بمثابة دينار بدرهم ولو تباعا فبفضة أو ذهباً بذهب ومع أقلهما شيء آخر يبلغ قيمته باقي الفضة جازا صورته اذا باع عشرة دراهم وثوباً بخمسة عشر درهماً وان لم يبلغ قيمته فمع الكراهية كالجوزة وكف من زيب وانما كرهه لانه احتيال اسقوط الربا بالزيادة بالحيلة فيكره كببيع العينة فانه مكره ولهذا (قوله

قال (ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جازا البيوع وتكون العشرة بمثابة دينار بدرهم) لان شرط البيوع في الدراهم التماثل على ما روينا فالظاهر انه أراد به ذلك فبقى الدرهم بالدينار وهما جنسان ولا يعتبر التساوى فيهما (ولو تباعا فبفضة أو ذهباً بذهب أو أحدهما أقل ومع أقلهما شيء آخر تبلغ قيمته باقي الفضة جازا البيوع من غير كراهية وان لم تبلغ فمع الكراهية وان لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيوع) لتحقيقه

والا فلا يضره النقض في اثبات المطلوب اذا غايتة أنه خطأ في محل آخر اذا اعترف بخطئه في محل النقض وذلك لا يوجب خطأه في محل النزاع وأمّا في المسئلة الأخيرة وهي ما اذا باع درهما وثوب بدرهم وثوب واكثر قابلاً بقض فليس مما نحن فيه فان العقد انعقد صححوا وانما طرأ الفساد بالافتراق والصرف لدفع الفساد وهو قد انعقد بلا فساد وكلاهما ليس في الفساد الطارئ فان قيل فليس صرف الجنس الى خلاف جنسه ليقى صححوا كما يصرف لينة عقد صححوا والمقتضى واحد فيهما وهو الاحتمال للصحة قلنا الفساد هناك ليس طرأه متحققاً ولا مظنوناً فيجب اعتباره للصرف من أول الامر بل يتوهم لان الظاهر أنهما يتعاضدان بعدما عقداً قبل الافتراق فلا يحتاج الى ذلك الاعتبار وأمّا المسئلة المستثناة من الأولى وهي الرجوع عن ثمن الثوب والغرس فانما تشهد على أن المقابلة للجملة بالجملة على الشيوع ونحن نقول هو الاصل وانما قلنا اذا كان تصحيح العقد يحصل باعتبار التوزيع وجب المصير اليه وهو ثابت في المسئلة المفروضة ألا ترى الى ما في الايضاح قال الاصل في هذا الباب ان حقيقة البيوع اذا اشتملت على ابدال وجب قسمة أحد البدلين على الآخر وتظهر القائدة في الرد بالعيب والرجوع بالثمن عند الاستحقاق وجوب الشفعة فيما يجب فيه الشفعة فان كان العقد بمالار باقية فان كان مما لا يتفاوت بالقسمة على الاجزاء وان كان مما يتفاوت بالقسمة على القيمة أو ما فيها فية الى بافاً مما يجب القسمة على الوجه الذي يصح به العقد مثاله باع عشرة دراهم بخمسة دراهم ودينار يصح العقد فان الخمسة بالخمسة والخمسة بالآخرى بازاء الدينار وكذا لو قابل جنسين بجنسين كما في مسئلة الكتاب انتهى ونظير المسئلة المذكورة المسئلة التي تلي هذه وهي قوله (ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جازا البيوع وتكون العشرة بمثابة دينار بدرهم لان شرط البيوع في الدراهم التماثل وهو بذلك فبقى الدرهم بالدينار وهما جنسان لا يعتبر التساوى بينهما ثم فرع المنصف فرعين فيه أن بعض هذه المبيعات وان كانت جائزة في الحكم فهي مكرهة فقال (ولو تباعا فبفضة أو ذهباً بذهب) يعني واحد منهما أقل من الآخر إلا أن مع الأقل شيء آخر كفلس أو غيرهما يبلغ قيمته قدر الزيادة في البدل الآخر أو أقل بقدر يتغابن فيه فالبيوع جائز من غير كراهية وان لم يكن فهو جائز مع الكراهية كأن يضع معه كفاساً زيباً أو فلسين وقيل لمحمد كيف تجده في قليل قال مثل الجبل ولم تر والكراهية عن أبي حنيفة بل صرح في الايضاح أنه لا بأس به عند أبي حنيفة قال وانما كره محمد ذلك لانه اذا جاز على هذا الوجه ألف الناس التفاضل واستعملوه فيما لا يجوز وهكذا ذكر في المحيط أيضاً وقيل بما كرهه لانهم ما باشر الحيلة لاسقوط الربا كببيع العينة فانه مكره ولهذا وأوردوا لو كان مكرهاً كان البيوع في مسئلة الدرهمين والدينار بدرهم ودينارين وهي المسئلة الخلافية مكرهة ولو لم يذكره أجيب بأنه انما لم يذكر الكراهية هناك لانه وضع المسئلة فيما اذا كان الزائد ديناراً بمقابلة الدرهم وقيمة الدينار تبلغ الدرهم وتزيد وحينئذ لا كراهية ولا يخفى أن العقد واحد وكأن قيمة الدينار تبلغ وتزيد على قيمة الدرهم فالدرهم لا تبلغ قيمته لجواز أن يتعاضداً في المحاسن وهذا محقق (قوله ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار) في هذه المسئلة أحد الطرفين جنس واحد والاخر مشتمل على جنسين (قوله على ما روينا) وهو قوله عليه السلام الفضة بالفضة مثل بمثل والظاهر أنه أراد به ذلك أي أن البائع أراد بهذا العقد العتد الذي ذكرناه وهو أن تكون العشرة بمثابة دينار بدرهم ولو تباعا فبفضة أو ذهباً بذهب ومع أقلهما شيء آخر يبلغ قيمته باقي الفضة جازا صورته اذا باع عشرة دراهم وثوباً بخمسة عشر درهماً وان لم يبلغ قيمته فمع الكراهية كالجوزة وكف من زيب وانما كرهه لانه احتيال اسقوط الربا بالزيادة بالحيلة فيكره كببيع العينة فانه مكره ولهذا (قوله

واما لانه يغضى الى أن يالف الناس فيه يستعملوا ذلك فيما لا يجوز وفان قيل فالمسئلة المتقدمة مشبهة على ما ذكرتم ولم تذكر فيها الكراهة
أجيب بانه انما يذ كره لانه وضع المسئلة فيما اذا كان الدينار الزائد بمقابلته درهم وقيمة الدينار تبلغ قيمة الدرهم ولا يتزاد على هذا يكون
الدينار وغير المصطلح وهو ما تكون قيمته عشرة دراهم والحق ان السؤال ساقط لان الكراهة انما هي للاحتيال لسقوطها بالفضل وهو
لا يتحقق في المسئلة المتقدمة لان فيها الظاهر من حالهم ارادة المبادلة بخلاف هذه المسئلة فان ارادة المبادلة بين حقة من زبيب والفضة
الزائدة ليست بظاهرة (قوله ومن كان له على آخر عشرة دراهم الخ) مسئلة يتبين بها بيع النقد بالدين وهو على ثلاثة أقسام لانه اما أن يكون
سابقا أو مقارنا أو لاحقا فان كان سابقا وقد أضاف اليه العقد كما اذا كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بالعشرة
الذي عليه فانه يجوز بالاختلاف وسقطت (٢٧٢) العشرة عن ذمة من هي عليه لانه ملكها بدلا عن الدينار غاية ما في الباب ان هذا عقد

الربا اذا زاد لا يقابلها عوض فيكون ربا قال (ومن كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة
دينارا بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقصا العشرة بالعشرة فهو جائز) ومعنى المسئلة اذا باع بعشرة مطلقه
ووجهه انه يجب بهذا العقد ثمن يجب عليه تعيينه بالقبض لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة
بنفس المبيع لعدم المجانسة فاذا تقصا يتضمن ذلك فسخ الاول والاضافة الى الدين اذ لو لا ذلك يكون استبدالا
قيمة الدينار ولا تنقص بقدر يتغابن فيه فالحق مكره بالنظر الى الطرف الآخر والذي يقتضيه النظر ان
يكون مكره وهاذا لافرق بينه وبين المسئلة المذكورة في جهة الكراهة وغاية الامر انه لم ينص هناك على
الكراهة فيه ثم ذكر أصلا كليا بقيد وينبغي أن يكون قول أبي حنيفة أضعالى الكراهة كما هو ظاهر
إطلاق كلام المصنف من غير ذكر خلاف وأما اذا ضمن مالا فبما كلف من تراب لا يصح لانه لم يقابل الزيادة مال
* (فرع) * اشترى تراب الفضة بفضة لا يجوز ولانه ان لم يظهر في التراب شيء فظاهر وان ظهر فهو بيع الفضة
بالفضة مجازفة ولهذا لو اشترى تراب فضة لا يجوز لان البدلين هما الفضة والتراب ولو اشترى تراب ذهب أو
بذهب جاز لعدم لزوم العلم بالمماثلة لاختلاف الجنس فلو ظهر أن لشي في التراب لا يجوز وكل ما جاز فاشترى
التراب بالخيار اذا رأى لانه اشترى مالم يرد (قوله ومن كان له على آخر عشرة فباعه الذي عليه العشرة دينارا بعشرة
وقبض الدينار) فان كان أضاف الى العشرة الدين جاز اتفاقا ويجب بهذا العقد عشرة ثم لا يجب تعيينه بالقبض
ومعنى المسئلة اذا باع بعشرة مطلقه) أي من غير أن يقيده بالعشرة التي عليه أما اذا قيد بذلك فقال بالعشرة
التي عليه يجوز البيع بالاختلاف وقيمة اذا باع دينارا بعشرة مطلقه ثم تقصا بالعشرة التي عليه خلاف زفر رحمه
الله وهو القياس وفي الاستحسان يجوز وجه القياس أن هذا الاستبدال يبدل العرف فلا يجوز كالأخذ
ببدل العرف عرضا أو دينارا (قوله ووجهه) أي وجه الجواز أنه يجب بهذا العقد ثمن يجب عليه بالقبض
لما ذكرناه وهو قوله ولا بد من قبض العوضين لما روينا من قوله عليه السلام يدا بيد والدين السابق لا
يجب تعيينه بالقبض فلم تقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة فاذا تقصا يتضمن ذلك فسخ الاول والاضافة
الى الدين فان قيل لو فسخ الصرف ضمنا للمقاصة ينبغي أن يكون القبض شرط لان الاقالة يبيع في حق الثالث
والشرع نالهما فما كان بيعا في حقه قلنا صارت الاقالة ههنا في ضمن المقاصة فجاز ان لا يثبت حكم البيع بمثل
هذه الاقالة بل حكم البيع لها في حق الثالث فيما اذا كانت الاقالة بآية قصد او في الاضافة الى الدين تقع
المقاصة بنفس العقد لان المأضافا لعقد الدين وجب ثمن لا يجب تعيينه لانه يسقط وتعيين الساقط محال
فهذا ونعت المقاصة ههنا بنفس العقد لاجتماعها وعقد الصرف على هذا الوجه جائز لان قبض البدلين انما

مرفوف في الصرف بشرط
قبض أحد العوضين
احترازا عن الكالتي
بالكالتي وبشرط قبض
الآخر احترازا عن الربا
وذلك لان قبض أحد
البدلين حصل الامن عن
خطر الهلاك فلم يقبض
الآخر كان فيه خطر الهلاك
لان الدين في معنى التادى
فيلزم الربا وهذا معدوم
فيما نحن فيه لان الدينار
نقد وبذله وهو العشرة سقط
عن بائع الدينار حيث سلم
له فلم يبق له خطر الهلاك
وحاصله ان تعيين أحد
البدلين بعد قبض الآخر
للحتراز عن الربا ولا ربا
في ديس يسقط وانما هو في
دين يقع الخطر في عاقبته
وان كان مقارنا بان أطلق
العقد ولم يصف الى العشرة
التي عليه ودفع الدينار فاما
أن يتقاضا أولا فان كان
الثاني لم تقع المقاصة مالم
يتقاضا بالاجماع وان كان

الاول جاز وقعت المقاصة استحسانا والقياس ينفيه وبه قال زفر رحمه الله لانه استبدال العرف وهو لا يجوز كالأخذ
ببدل
أخذ ببدل العرف عرضا ووجه الاستحسان أنه يجب بهذا العقد ثمن واجب التعيين بالقبض لما ذكرنا من وجوب قبض العوضين قبل
الانقراض بقوله عليه السلام يدا بيد والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة بين الدين والدين لان بدل
(قوله وهو لا يتحقق في المسئلة المتقدمة) أقول فيه بحث (قوله وهو على ثلاثة أقسام الخ) أقول ان اعتبر ما أضيف اليه العقد فالأقسام اثنان
سابق ومقارن وان اعتبر ما وقع به المقاصة فكذلك سابق ولاحق فلا وجه لجعله ثلاثة (قوله وبشرط قبض الآخر احترازا عن الربا وذلك الى
الخ) أقول أشار بقوله ذلك الى الربا (قوله بان أطلق العقد الخ) أقول فانه اذا أطلق يكون بدل الدينار وهو العشرة دينارا في ذمة المشتري مقارنا
للعقد فان الغرض انه لم يتبدل تقاضا قوله مالم يتقاضا) أقول هذا زائد (قوله بقوله عليه الصلاة السلام يدا بيد) أقول الاولى أن يقول

الصرف واجب التعيين بالقبض والدين قد سبق وجوبه لكن لما إذا أقدم على المقاصة بتراضيهما لا بد من تعميم ولا صحة لهما مع بقاء عقد الصرف فتجعل المقاصة متضمنة للغشخ الأول والاضافة الى الدين الذي كان عليه ضرر وذا لولا ذلك كان استبدال البديل الصرف وهو لا يجوز وعلى هذا كان الغشخ ثابتا بالاقضاء ولما كان له ما دفع أصل العقد فكان له ما تغير وصف العقد مع بقاء أصله بالطريق الأولى وهو نظير ما إذا تباعا بالف ثم بالف وخمسائة وفيه بحث من أوجه الأول ان عدم المجانسة بين العين والدين لو منع المقاصة لما وقعت اذا أضيف العقد الى الدين السابق الثاني ان الثابت بالاقضاء يجب ان يثبت على وجه لا يعلل به المقتضى واذا ثبت الغشخ المقتضى بطل المقتضى وهو المقاصة لانه يقتضى قيام العشرة الثابتة بالعقد وقد فات بالغشخ الثالث ان العقد لم يفسخ للمقاصة وجب قبض الدينار على البائع بحكم الاقالة لان الاقالة حكم الصرف والجواب عن الاول ما اشار اليه المصنف رحمه الله بقوله (٢٧٣) (وفي الاضافة الى الدين) يعني المعهود

(تقع المقاصة بنفس العقد

على ما بينه) وعن الثاني

بان المقاصة تقتضى قيام

العقد وهو موجود لانهما

لما بطل عقد الصرف صار

كأنهما عقدا جديدا

فصع المقاصة به وعن الثالث

بان الاقالة ضمنية تثبت في

ضمن المقاصة بخلاف ان لا يثبت

لمثل هذه الاقالة حكم البيع

وزفر رحمه الله حيث لم يقل

بالاقضاء لم يوافقهم في المسئلة

فتعين له وجه القياس فان

قبل لم ترك المصنف رحمه الله

الاستدلال بتحديث ابن عمر

رضي الله عنهما وهو ما روى

أنه قال لرسول الله صلى الله

عليه وسلم أني أكرى ابلا

بالبيع الى مكة بالدرهم

فأخذ مكانها دنانيرا وقال

بالعكس فقال صلى الله عليه

وسلم لا بأس بذلك اذا افرقتم

وليس يذكرون الجواب

أنه يدل على المقاصة وليس

فيه دلالة على انهما كانا

يبدل الصرف وفي الاضافة الى الدين تقع المقاصة بنفس العقد على ما بينه والغشخ قد يثبت بطريق الاقضاء كما اذا تباعا بالف ثم بالف وخمسائة وزفر بخلافه لانه لا يقول بالاقضاء

لان تعيين أحد البدين في الصرف للاحتراز عن الدين بالدين وتعيين الآخر له بالدين مساوي وقد اندفع الدين بالدين في هذه الصورة بقبض أحد العوضين وهو الدينار والقبض الذي يتحقق منه التعيين في البديل الآخر قد تحقق سابقا فبعد الاضافة الى ذلك المقبوض يحصل به المقصود من المماثلة بين البدين وهو كون كل منهما مقبوضا قبضا يحصل به التعيين بخلاف ما اذا لم يضاف اليه لان موجب العقد حينئذ عشرة مطلقة لا يلزم أن تكون هذه العشرة الدين ولذا قال زفر رحمه الله فيما اذا باعه المدون بالعشرة دينار بعشرة وهي مسئلة السكاب ثم تقاضا لا يجوز لان موجب ذلك العقد عشرة مطلقة فلا تصير تلك العشرة المعينة ونحن نقول موجب العشرة مطلقة تصير متعينة بالقبض وبالإضافة بعد العقد الى العشرة الدين صارت كذلك غير أنه قبض سابق كما ذكرنا ولا يسأل به لحصول المقصود من التعيين بالقبض بالمساواة وعلى هذا التقرير لا حاجة الى اعتبار دفع العقد الاول بالاضافة الى العشرة الدين بعد العقد على الاطلاق بخلاف ما لو باع بالف ثم بالف وخمسائة فان الغشخ لازم لان أحدهما لم يصدق على الآخر بخلاف العشرة مطلقا مع هذه

يكون شرط الاحتراز عن الربا فانه اذا كان أحدهما مقبوضا والآخر غير مقبوض واكثر ما يكون بيع عشرين دين والعين خبر من الدين لان الدين مما يقع الخطر في عاقبته ولا خطر في دين يسقط فلا ربا بينه وبين المقبوس في المجلس ألا ترى أن الدين بالدين حرام ثم لو تصار فادراهم دين بدنانيرين صح لغوات الخطر وهذا بخلاف السلم فان اضافة عقد السلم الى رأس مال هو دين على المسلم اليه في الابتداء لا يصح فكذا اذا حول العقد اليه في الانتهاء وهذا لان ما يقابل برأس المال في السلم دين وبالمقاصة لا يتعين برأس المال فيكون دين سادس في الصرف ما يقابل الدين عين مقبوض في المجلس والافتراق عن عين الدين جائز وهذا اذا كان الدين سابقا فان كان لاحقا بان اشترى دينارا بعشرة دراهم ثم باع المشتري من البائع ثوبا بعشرة لا يقع المقاصة بنفس العقد لانه في الدين المتقدم لا تقع بنفس العقد دفع التأخر أولى فاما اذا تقاضا قال شمس الأئمة السمرحسي رحمه الله لا تجوز المقاصة هنالان الدين لاحق فيكون صرفا دين سادس لا يصح أنه لا يصح لانه لما تقاضا تضمن ذلك فسخ الصرف الاول وانشاء صرف آخر فكان صرفا دين سادس وجوبه والغلة من الدراهم المقطعة التي في القطعة منها قسرا أو طسوج أو حبة كذا في المغرب فيردها بيت المال لانه لا يفتها ولكن لكونها قطعة

(٣٥ - (فتح القدير والكفاية) سادس) يضيفان العقد الى الدين الاول والى مطلق فلم يكن فاطعا حتى يلتزمه زفر

أقوله عليه الصلاة والسلام هاهنا هاهنا فان اغفل الحديث الدال على وجوب قبض العرضين في المجلس في بيع الذهب بالفضة وعكسه على ما رواه المصنف هذا الآن يكون من قبيل النقل بالمعنى (قوله فكان له ما تغير وصف العقد) أقول فيه بحث أن هذا ليس بتغيير وصف قال المصنف (وفي الاضافة الى الدين تقع المقاصة) أقول فان اختلف في ذلك شئ في صحة المقاصة في هذه الصورة فاعلم أن في الاضافة الى الدين لا يتعين الدين ولهذا اذا تصادقا أن لادين لا يبطل العقد كيجب في كتاب الوكالة فمكان الاطلاق والتقييد سواء فليتامل قال المصنف (على ما بينه) أقول قال الاتقاني اشارة الى قوله فكفي ذلك للعوار انتهى وفيه بحث (قوله فالجواب انه يدل على المقاصة وليس فيه دلالة الخ) أقول الاطلاق وتزلا التفصيل في موضع يحتاج اليه يكفي لجهة الاستدلال

وان كان لاحقا بان اشترى دينارا بعشرة دراهم وقبض الدينار ثم باع ثوبا من بائع الدينار بعشرة دراهم ثم أراد أن يتقاصا
فغير رواية في رواية أبي سليمان وهي التي اختارها غير الاسلام وقال المصنف في أصح الروايتين تقع المقاصة وفي رواية أبي حفص واختارها
شمس الائتمون فاضيحان لا تقع المقاصة لان الدين لاحق والنسي على الله عليه وسلم يجوز المقاصة في دين سابق بحديث ابن عمر رضي الله عنهما وجه
الأصح ان قصدهما المقاصة يتضمن الانقضاء الاول والاضافة الى دين قائم وقت تحويل العقد فيكون الدين حينئذ سابقا على المقاصة وهذا هو
الموعود من الجواب عن السؤال (٢٧٤) الاول وهو ليس بدافع كما ترى الا اذا أضيف أن القياس يقتضي أن لا تقع المقاصة بين الدين

وهذا اذا كان الدين سابقا فان كان لاحقا فكذلك في أصح الروايتين لنضمه انقضاء الاول والاضافة الى دين
قائم وقت تحويل العقد فكيف ذلك للجواز قال (ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمي غلة بدرهمين صحيحين
ودرهم غلة) والغلة ما رده بيت المال وياخذها التجار ووجهه تحقق المساواة في الوزن وما عرف من سقوط
اعتبار الجودة قال (واذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي فضة واذا كان الغالب على الدنانير الذهب
فهو ذهب ويعتبر فيه ما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياذ حتى لا يجوز بيع الخالص لا يبيع بعضها
ببعض الامتساو يافي الوزن وكذا لا يجوز الاستقراض بها الا وزنا) لان النقود لا تخلو عن قليل غش عادة
لأنها لا تنطبق الامع الغش وقد يكون الغش خلقيا كافي الردي ومنه فيلحق القليل بالرداء والجيد والردي
العشرة للصدق لان الاطلاق ليس قيديا في العقد بها والالم يكن قضاؤها أصلا لا وجود للمطلق بقيد الاطلاق
وعلى ذلك مشروا وتقريبه أن ما لا غير ما وجب العقد فقد فسدها الى عقد آخر اقتضاءه والمالم يقل زفر بالاقتضاء
ولذا لم يقل في اعتق عبد الله بن أبي الف أنه يقع عن الأمر اذا اعتقه المالك لم يفسخ فلا يتحول حكمه (وهذا اذا
كان الدين سابقا) على بيع الدينار (فان كان لاحقا) قبل الافتراق والمسئلة بها لها بان عقدا على الدينار
بعشرة ثم باع مشترى الدينار من بائعه ثوبا بعشرة ثم قاصصه بثمن الدينار عن بائعه راية لا يصح والأصح أنه
يصح لما ذكرنا من حصول المقصود على ما ذكر المصنف من حصول الانقضاء والاضافة الى الدين بعد
تحققه وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير اذا استقرض بائع الدينار عشرة من المشتري أو غصب
منه فقد صار قاصا ولا يحتاج الى التراضي لانه قد وجد منه القبض (قوله ويجوز بيع درهمين صحيحين
ودرهم غلة بدرهمي غلة ودرهم صحيح والغلة ما رده بيت المال) لا لز بافة بل لانها دراهم مقطعة مكسرة
يكون في القطعة ربع ومن وأقل وبيت المال لا يأخذ الا الغالي وانما جاز للمساواة في الوزن والجودة فالجمعة
ساقطة الاعتبار لان الجودة في الاموال الربوية عند المقابلة بالجنس ساقطة (قوله واذا كان الغالب الخ)
الدراهم والدنانير اما ان يكون الغالب على الذهب والفضة والغش أقل أو الغالب الغش والذهب والفضة
أقل أو متساو بين فان كان الغالب الذهب في الدنانير والفضة في الدراهم قهما كالذهب الخالص والفضة
الخالصة اعتبارا للغالب لانها على ما قيل قلما تنطبق الا بقليل غش (وقد يكون الغش خلقيا كافي الردي ومنه)
الذي يقال له ناقص العيار في عرفنا والرداء مهذبة شرعا عند المقابلة بالجيد فكذلك الغش المخلوب الخاطا له
بها واذا كانا كخالصين فلا يجوز بيعهما بالخالص من الذهب والفضة الامتساو بين في الوزن وكذا
بيع بعضها ببعض وكذا لا يجوز استقراضها بالادونا كما استقرض الذهب والفضة الخالصين
(قوله ووجه تحقق المساواة في الوزن) أي وجه الجواز شرطا للصحة لان المساواة في الوزن متحققة
والمساواة في الجودة ليست بشروط لم يعرف أن الجودة ساقطة العبرة بقوله عليه السلام جيدها وديتها
سواء

والعين أصل لعدم المجانسة
الا انه استحسّن ذلك بالآخر
ويقوى هذا الوجه ان
الدين لا يتعين بالتعيين كما
تقدم فالمطلق والمقيد منه
سواء وقد وقعت المقاصة
اذا أضيف الى الدين السابق
بالاثنان فكذلك باللاحق
بعد دفع العقد الاول والا
لكان الدين يتعين بالتعيين
وذلك خلف أو يقال المراد
بعدم المجانسة عدم كونها
موجبة عقد واحد فاذا
أضيف الى الدين السابق
تجانسا واذا أضيف الى دين
مقارن عدم المجانسة بين
العين والدين السابق وانما
المجانسة حينئذ بينهما وبين
الدين المقارن وهذا أوضح
قال (ويجوز بيع درهم
صحيح ودرهمي غلة الخ)
الغلة من الدراهم هي
المقطعة التي في القطعة منها
قيراط أو طسوج أو حبة
فيردها بيت المال لاز يافتها
بل لكونها قطعاً يأخذها
التجار وبيع درهم صحيح
ودرهمي غلة بدرهمين
صحيحين ودرهم غلة جائز

لوجوه مقتضى انتفاء المانع أما الاول فلصدوره عن أهله في محله مع وجود شرطه وهو المساواة وأما الثاني فلان
سواء
المانع ان تصورهما في الجودة وهي ساقطة العبرة عند المقابلة بالجنس قال (وان كان الغالب على الدراهم الفضة فهي دراهم الخ) الاصل ان
النقود لا تخلو عن قاييل غش خلقة أو عادة فالاول كافي الردي والثاني ما يخلط للانطباع قائم ببدونه تنفقت فاذا كان كذلك يعتبر الغالب لان
المخلوب في مقابله الغالب كالمستلث فاذا كان الغالب على الدراهم والدنانير الفضة والذهب كانا في حكم الفضة والذهب يعتبر فيهما من تحريم
التفاضل ما يعتبر في الجياذ فلا يجوز بيع الخالص بها ولا يبيع بعضها ببعض ولا الاستقراض بها الامتساو يافي الوزن

(قوله ويقوى هذا الوجه) أقول أي وجه الأصح

(وان كان الغالب عليهما الغش فليس في حكم الدراهم والدنانير) فان اشترى به انسان فضة خالصة فان كانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة التي في الدراهم المغشوشة أو أقل أو لا يدري فالبائع فاسد وان كانت أكثر من صهره (٢٧٥) الوجه المذكور في حلية السيف

(وان بيعت بجنسهما متفاضلا جاز صرfa الجنس الى خلاف الجنس وهي في حكم فضة وصغر) (قوله ولكنه) (صغر) (جواب عما يقال اذا صرfa الجنس الى خلاف الجنس فلا يكون صرfa فلا يفي بالتفاضل شرطا ووجه ذلك ان صرfa الجنس الى خلاف جنسه ضرورة العقد والثابت بالضرورة لا يتعدى بقى العقد فيما وراء ذلك صرfa) (واشترط القبض في المجلس لوجود لفضة من الجانبين واشترط القبض في الفضة بشرط في الصفر لانه لا يميز عنه الا بضرر) وهذا يشير الى أن الاستهلاك انما يتحقق عند عدم التمييز قال المصنف رحمه الله (ومشايخنا) يريد به علماء ما وراء النهر (لم يفتوا بجواز ذلك) يعني التفاضل (في العدالي) والعطارة أي الدراهم العطرية (وهي المنسوبة الى عطري بن عطاء السكندى أمير خراسان الرشيد وقيل هو خال الرشيد (ثم ان كانت) هذه الدراهم التي غلب غشها (تروج بالوزن فالبائع بها والاستقراض بالوزن وان كانت انما تروج بالعد فالبائع بها والاستقراض لها بالعد) ليس غير (وان كانت تروج بمقابيل واحد منهما لان المعتاد فيهما اذا لم يكن نص) على ما عرف في الر (واما دامت تروج

سواء (وان كان الغالب عليهما الغش فليس في حكم الدراهم والدنانير) اعتبارا للغالب فان اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجه الذي ذكرناه في حلية السيف (وان بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرfa الجنس الى خلاف الجنس) فهي في حكم شيئين فضة وصفر ولكنه صرfa حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين فاذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يميز عنه الا بضرر وقال رضي الله عنه ومشايخنا رحمه الله لم يفتوا بجواز ذلك في العدالي والعطارة لانها أعز الاموال في ديارنا فلو أبيع التفاضل فيه ينفتح باب الربا ثم ان كانت تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيها بالوزن وان كانت تروج بالعد فبالعد وان كانت تروج بمقابيل واحد منهما لان المعتاد فيهما اذا لم يكن فيهما مائنة ثم هي مادامت تروج تكون (وان كان الغالب فيهما الغش فليس في حكم الدراهم والدنانير) الخالصة اعتبارا للغالب فان اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجه الذي ذكرناه في حلية السيف (وهي انه ان كانت الفضة الخالصة مثل الفضة التي في الدراهم أو أقل أو لا يدري لا يصح في الفضة ولا في النحاس أيضا اذا كانت لا تنقلص الفضة الا بضرر وان كانت الخالصة أكثر مما في الدراهم جاز ليكون ما في الدراهم من الفضة بمثابة لها من الخالصة والرائد من الخالصة بمقابلة الغش (وكذا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا صرfa الجنس الى خلاف الجنس) أي بصرف كل من الدراهم الى غش الدراهم الاخرى (لانها في حكم شيئين فضة وغش) (صغر) (أو غيره) (ولكنه) مع هذا (صفر حتى يشترط القبض) قبل الافتراق وتجاوز المصنف (بالمجلس) عنه (لوجود الفضة من الجانبين واذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يميز عنه الا بضرر) ولا يخفى أن هذا لا يتأتى في كل دراهم غالبه الغش بل اذا كانت الفضة المغلوبة بحيث تتخلص من النحاس اذا أر بذلك فاما اذا كانت بحيث لا تتخلص لقلتها بل تحترق لا عبرة بها أصلا بل تكون كالموهمة لا تعتبر ولا راعي فيها شرائط الصرف وانما هو كاللون وقد كان في أوائل قرن سبعمائة في فضة دمشق قريب من ذلك قال المصنف رحمه الله (و) مع هذا (ومشايخنا) يعني مشايخ ما وراء النهر من بخاري وسمرقندي لم يفتوا بجواز ذلك) أي بيعها بجنسها متفاضلا (في العدالي) والعطارة) مع أن الغش فيها أكثر من الفضة (لانها أعز الاموال في ديارنا فلو أبيع التفاضل فيها ينفتح فيها باب الربا) الصريح فان الناس حينئذ يعتادون التفاضل في الاموال النفسانية فيقتدر جون الى ذلك في العقود الخالصة فمع ذلك حسم الماداة الفساد والعطارة دراهم منسوبة الى عطري بن عطاء السكندى أمير خراسان أيام الرشيد وقيل هو خال الرشيد (ثم ان كانت) هذه الدراهم التي غلب غشها (تروج بالوزن فالبائع بها والاستقراض بالوزن وان كانت انما تروج بالعد فالبائع بها والاستقراض لها بالعد) ليس غير (وان كانت تروج بمقابيل واحد منهما لان المعتاد فيهما اذا لم يكن نص) على ما عرف في الر (واما دامت تروج

(قوله فهو على الوجه الذي ذكرناه في حلية السيف) يعني ان كانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة التي في الدراهم أو أقل أو لا يدري لا يصح وان كانت أكثر يصح (قوله ولكنه صرfa) جوابا عما كان وهو أن يقال ينبغي أن يشترط القبض في هذه الصورة لانه لما صرfa الجنس الى خلاف الجنس لا يشترط التفاضل في المجلس قلنا انما صرfa الجنس الى خلاف الجنس لاحتاجنا الى جواز العقد فاذا جاز العقد بذلك الطريق لا حاجة لنا الى البقاء فلم يكن كل واحد منهما مضر وفا الى خلاف الجنس في حق القبض بل صرfa الى جنسه يشترط التفاضل في المجلس لعدم الحاجة الى بقاء العقد على الصحة لان الحاجة انما تنس في نفي الفساد المقارن ان يكون تصرفهما على الصحة لا في نفي الفساد الطارئ العطارة أي الدراهم العطرية منسوبة الى عطري بن عطاء السكندى أمير خراسان أيام الرشيد كذا في المغرب (قوله ينفتح باب الربا) متعلق بقوله لم

كانت تروج بالوزن كان التبايع والاستقراض فيها بالوزن وان كانت تروج بالعد فمافيهما بالعد وان كانت تروج بمقابيل واحد منهما حديث

لا يمكن منصرفا عليها ثم هي مادامت تروج تكون

(قوله وهذا يشير الى أن الاستهلاك انما يتحقق عند عدم التمييز) أقول نتيجة في النهاية ثم أقول وجه الإشارة لا يتجلى عن خفاء ثم قوله الى أن

أثماً لا تتعين بالتعيين) فان هلك قبل التسليم لا يبطل العقد بينهما ويجب عليه مثله (واذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين كالرصاص والسقوف و يبطل العقد بهلاكها قبل التسليم اذا علم المتعاقدان حال الدراهم ويعلم كل واحد منهما أن صاحبه يعلم وان لم يعلم أول لم يعلم أحدهما أو علموا ولكن لم يعلم كل منهما أن صاحبه يعلم فان البيع يتعلق بالدراهم الرابحة في ذلك البلد الذي علمها عاملات الناس دون المشار اليه (وان كانت يقبلها البعض دون البعض فهي كالزوف لا يتعلق بالعقد بجنسها من الجياذ لم يرضاهم بالزوف واذا اشترى بها سلعة ثم كسدت قبل بجنس الزوف وان لم يعلم يتعلق (٢٧٦)

أثماً لا تتعين بالتعيين واذا كانت لا تروج فهي ساحة تتعين بالتعيين واذا كانت يقبلها البعض دون البعض فهي كالزوف لا يتعلق بالعقد بعينها بل بجنسها زوفان كان البائع يعلم بحالها التحقق الرضاهم وبجنسها من الجياذ ان كان لا يعلم لعدم الرضاهم (واذا اشترى بها سلعة فكسدت وتترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف رجهما الله عليه قيمتها يوم البيع وقال محمد رحمه الله قيمتها آخر ما تعامل الناس بها) لهما ان العقد قد صح الا انه تعذر التسليم بالكساد وأنه لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب فانه قطع أو انه واذا بقي العقد وجبت القيمة لكن عند أبي يوسف رجهما الله وقت البيع لانه مضمون به

وهي أثماً لا تتعين بالتعيين) ولو هلك قبل قبض لا يبطل العقد وان كانت غير رابحة فهي ساحة تتعين بالتعيين) ويبطل العقد بهلاكها قبل التسليم وهذا اذا كانا علمان بحالها ويعلم كل من المتعاقدين أن الآخر يعلم فان كانا لا يعلمان أو لا يعلم أحدهما أو يعلمان ولا يعلم كل أن الآخر يعلم فان البيع يتعلق بالدراهم الرابحة في ذلك البلد لا بما اشار اليه من هذه الدراهم التي لا تروج وان كان يقبلها البعض و ردها البعض فهي في حكم الزوف والنهر جسة فيتعلق البيع بجنسها لا بعينها كما هو في الرابحة لكن يشترط أن يعلم البائع خاصة ذلك من أمرها لانه رضى بذلك وأدرج نفسه في البعض الذي يقبلها لهما وان كان البائع لا يعلم تعاقد العقد على الأروج فان استوت في الأروج جرى التفصيل الذي أسلفناه في أول كتاب البيع وتعين المصنف الجياذ تساهل (و) من أحكام هذه الدراهم التي غلب غشها انه (لو اشترى ساعة بها فسدت) أي قبل قبضها بطل البيع عند أبي حنيفة) فان كان المبيع قائماً مقبوضاً رده وان كان مستهلكاً أو هالكاً رجع البائع عليه بقيمته ان كان قيمياً ومثله ان كان مثلياً وان لم يكن مقبوضاً فلا حكم لهذا البيع أصلاً وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي وأحمد لا يبطل ثم اختلفوا (فقال أبو يوسف عليه قيمتها يوم البيع) قال في الذخيرة وعليه الفتوى (لانه مضمون به) أي بالبيع وهو نظير قوله في المغصوب اذا هلك ان عليه قيمته يوم الغصب لانه يوم تحقق السبب وقال محمد عليه آخر ما تعامل الناس بها) وهو يوم الانقطاع (لانه وان الانتقال الى القيمة) وفي المحيط والتمهيد والحقايق يفتى وفقاً للناس (لهما أن البيع قد صح) بالاجماع (الا أنه تعذر التسليم) أي تسليم الثمن لانعدام الثمنية (بالكساد) والضمير ضمير الشان (وانه) أي الكساد (لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب شيئاً) فانه قطع (في) أو انه

النقد فترك الناس المعاملة بها بطل العقد عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لم يبطل وعليه قيمتها لكن عند أبي يوسف قيمته يوم البيع وعند محمد آخر ما تعامل الناس بها) والمصنف فسر الكساد بترك الناس المعاملة بها ولم يذكر انه في كل البلاد أو في البلد الذي وقع فيه العقد ونقل عن عيون المسائل أن عدم الأروج انما يوجب فساد البيع اذا كان لا يروج في جميع البلدان لانه حينئذ يصير هالكاً ويبقى البيع بلا ثمن وأما اذا كان لا يروج في هذه البلدة ويروج في غيرها لا يفسد البيع لانه لم يهلك لكنه تعيب فكان للبائع الخيار ان شاء قال أعط مثل النقد الذي وقع عليه البيع وان شاء أخذ قيمة ذلك ديناراً قالوا وماذا كر في العيون يستقيم على قول محمد وأما على قوله لا فلا يستقيم وينبغي أن يكتفى بالكساد في تلك البلدة بناء على اختلافهم في بيع الفلاس بالفلسين عندهما يجوز اعتبار الاصطلاح بعض الناس وعند محمد لا يجوز اعتبار الاصطلاح الكل فالكساد يجب أن يكون على هذا القياس

يفتوا لانه لو جاز حل الربا في أعز الأموال لقاسوا عليه حل الربا في الذهب والفضة بالتدريج (قوله ثم ان كانت تروج) أي المغشوشة (قوله بل بجنسها زوفاً) أي بجنس الدراهم المغشوشة من الزوف ان كان البائع يعلم بحالها أنهما زيفاً والمتساوي كغالب الغش في النبايع والاستقراض وفي الصرف كغالب الغش (قوله واذا اشترى بها سلعة) أي بالدراهم المغشوشة ثم كسدت أي في كل البلاد حتى لو كانت تروج في بعضها عليه ومثله كذا اختار الفقهاء أبو الليث رحمه الله وفي عيون المسائل أن عدم الأروج انما يوجب فساد البيع اذا كانت لا تروج في جميع البلدان لانه حينئذ يصير هالكاً ويبقى البيع بلا ثمن فاما اذا كانت لا

أيضاً (لهما أن العقد قد صح) لوجود ركنه في عمله من غير موانع شرعي (الا أنه تعذر التسليم بالكساد وذلك لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب فانه قطع واذا بقي العقد قال أبو يوسف وجب القيمة يوم البيع لانه مضمون بالبيع وقال محمد عليه قيمته يوم الانقطاع أي الكساد لانه انتقل الحق منه الى القيمة في ذلك اليوم ولا يوجب حنيفة أن الثمن يهلك بالكساد لان الدراهم التي غلب غشها انما جعلت نمطاً بالاصطلاح فاذا ترك الناس الاستهلاك أي استهلاك المغلوب من الغش والصفر (قوله يستقيم على قول محمد) أقول لمحمد لا يقول بان الكساد يوجب الفساد فكيف يستقيم

وعند

المعاملة بها بطل وإذا بطل الثمنية بنى بيعا بلا ثمن وهو باطل لا يقال العقد تناول عينها وهو باق بعد الكساد وهو مقدور التسليم لا نأقول ان العقد تناولها بصيغة الثمنية لانها مادامت راجحة فهي ثابتة دينافى الذمة وبالكساد يتعدم منها صفة الثمنية وصفة الثمنية في الفلوس والدرهم المغشوشة التي غلب غشها كصفتها المالية في الاعيان ولو انعدمت المالية بتملك المبيع قبل القبض أو بتحمر العصور فسد البيع فكذا هذا والجواب عن الربط أن الربط مرجو الحصول في العام الثاني غالباً فلم يكن هالكاً (٢٧٧) من كل وجه فلم يطل لكنه يتغير

بين الغشخ والصبر إلى أن يحصل أما الكساد في الدراهم المغشوشة التي غلب عليها غشها فلهذا الثمنية على وجه لا يرجع الوصول إلى ثمنيتها في ثاني الحال لان الكساد أصلى والشئ إذا رجع إلى أصله قلما ينتقل عنه وإذا بطل البيع فان لم يكن المبيع مقبوضاً فلا حكم لهذا البيع أصلاً وان كان مقبوضاً فان كان قائماً وجب وده بعينه وان كان هالكاً ومستهلكاً فان كان مثلياً وجب وده مثله وان كان قيمياً وجب وده قيمته كافي البيع الفاسد هذا حكم الكساد وحكم الانقطاع عن أيدي الناس كذلك واليه أشار المصنف رحمه الله بقوله وعند محمد يوم الانقطاع وان كان صدر البحث بالكساد وأما إذا غلبت بازدياد القيمة ونقصت القيمة بالرخص فلا يعتبر بذلك فالبيع على حاله وبطل به بالدراهم بذلك العيار الذي كان وقت البيع قال (ويجوز البيع بالفسوس الخ) البيع بالفلوس جائز لانه مال معلوم أي معلوم قدره وصفه

وعند محمد رحمه الله يوم الانقطاع لانه أوان الانتقال إلى القيمة ولا يحنق رحمه الله ان الثمن بهلاك الكساد لان الثمنية بالاصطلاح وما في قبضه يبيع بلا ثمن فيبطل وإذا بطل البيع بحجب رد المبيع ان كان قائماً وقيمه ان كان هالكاً كافي البيع الفاسد قال (ويجوز البيع بالفلوس) لانها مال معلوم فان كانت نافقة جاز البيع بها وان لم تتعين لانها أمان بالاصطلاح وان كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لانها سلع فلا بد من بان لا يوجد في الاسواق لا يطل الاتفاق وتجب القيمة أو ينتظر زمان الربط في السنة الثانية فكذا هذا (ولابي حنيفة أن الثمن بهلاك الكساد) لان مالية الفلوس والدرهم الغالبة الغش (بالاصطلاح) لا بالخلق (وما بقي) الاصطلاح بل انتفى فانتفت الثمنية (فبقي بيعا بلا ثمن) بخلاف التقدين فان ماليتها بما بالخلق لا بالاصطلاح كإلية العبد لما كانت بالحياة ذهبت بذهاب الحياة لا يقال فلتصر مبيعة إذا انتفت ثمنيتها لاننا نقول تصير مبيعة في الذمة والمبيع في الذمة لا يجوز إلا في السلم واعتراض في بعض الحواشي بان انهاء ثمنيتها يوجب أنه يصير بيع مقايضة فلا يستلزم كونه ديناً ولا يبطل بعدم القبض قبل الافتراق على ما قدمنا من ثبوت التعيين في البدلين بمجرد العقد فلا يلزم الافتراق عن دين بدين لأن المحجب نظر إلى أن صورة المسئلة أنه باع بدراهم كذا وكذا غلب غشها وهذا لا يوجب أنه يصير بيع مقايضة إذا كسدت قبل القبض وليس في صورة المسئلة أحضر الدراهم وأشار إليها بعينها بل باعها على غلط ما يباع بالانمان وهذا لان القرض أن المبيع وقع حال رواجها أنما ناو انما كسدت بعده قبل القبض فلم ينتبه هذا المعترض لصورة المسئلة فلم يثبت لزوم كونه بيعاً بلا ثمن ثم شرط في العيون أن يكون الكساد في سائر البلاد فلو كسد في بعض البلاد دون البعض لا يبطل عند أبي حنيفة لانها لم تملك ليصير البيع بلا ثمن ولكن تعينت فيكون البائع بالخيار ان شاء أخذ مثل النقد الذي وقع عليه البيع ون شاء أخذ قيمته دنائراً فلو اوماذ كرى في العيون على قول محمد وأما على قولهما فلا ينبغي أن ينتفى البيع بالكساد في تلك البلدة التي وقع فيها البيع بناء على اختلافهم في بيع الفلوس بالفسوس عندهما يجوز اعتبار الاصطلاح بعض الناس وعند محمد لا يجوز اعتبار الاصطلاح السلك فالكساد يجب أن يكون على هذا القياس أيضاً وما ذكرناه في الكساد مثله في الانقطاع والفلوس النافقة إذا كسدت كذلك هذا إذا كسدت أو انقطعت فلو لم تكسود لم تنقطع ولكن نقصت قيمتها قبل القبض فالبيع على حاله بالأجسام ولا يتغير البائع وعكسه لو غلث قيمتها وازدادت فالبيع على حاله ولا يتغير المشتري ويطلب بالنقد بذلك العيار الذي كان وقت البيع والجواب عن الربط ان الربط مرجو الوصول في العام الثاني غالباً فكان له مظنة يغلب ظن وجوده عندها بخلاف الكساد فانه ليس له مظنة بمقتضى الوجود في زمن خاص يرجح فيها بل الظاهر عدم العود لان الأصل في غالبية الغش الكساد وعدم الثمنية والشئ إذا رجع إلى أصله قلما ينتقل عنه وفي الخلاصة عن المحيط دلال باع متاع الغير بغير إذنه بدراهم معلومة واستوفاهها فكسدت قبل أن يدفعها إلى صاحب المتاع لا يفسد لبيع لان حق القبض له (قوله ويجوز البيع بالفلوس لانها نوع من أنواع المال) فان كانت نافقة جاز البيع وان لم تتعين بل لو عينت لا تتعين ولا عقداً يدفع غير ما عين (لانها) حينئذ (أمان) كالدراهم حتى لو هلك قبل القبض لا يفسخ العقد ويجوز ولو استبدل تروج في هذه البلدة وتزوج في غير هذا يفسد البيع لانه لم يملكه ولكنه تعيب فكان للبائع الخيار ان شاء

وانما قال كذلك إشارة إلى وجوب بيان المقدار والوصف أو الإشارة إليه ثم انما أن تكون نافقة أو كاسدة فلهذا العقد فان كان الاول جاز البيع وان لم تتعين لانها أمان بالاصطلاح فالماشترى بها لا يجبر على دفع ما عين بل هو مخير بين دفع ذلك ودفع مثله وان هلك ذلك لم يفسخ العقد ذلك على قوله فليتام (قوله لا نأقول إلى قوله فكذا هذا) أقول ولا بد من التامل في الفرق بين تخمير العصور وانقطاع الربط حيث يفسد البيع في الاول دون الثاني مع ان كليهما مرجو الوصول إلى العام الثاني

استعارة (قوله لانه أي استقرض المثلثي) أقول والاولى عندى ارجاع الضمير الى الاستقرض مطلقا فانه عار على
 ما سبق قيل باب الربا وأولى استقرض الفلوس (قوله اعارته كان اعارته قرض) أقول قوله اعارته بمعنى ابتداء كما سيجي تفصيل هذا البحث في
 العارية (قوله وموجب استقرض المثلثي الخ) أقول وعندى ان ما ذكره المصنف قياس من الشكل الاول فقرر به لان الاستقرض اعارة

رد عينه معني) وبالنظر الى كونه عارية يجب رد عينه حقيقة لكن لما كان قرضاً والانتفاع به انما يكون بالانفاق عليه فالتدعيه حقيقة
فوجب رد عينه معني وهو المثل ويجعل معني العين حقيقة لانه لو لم يجعل كذلك لزم مبادلة الشيء بحسنه ونسبته وهو لا يجوز فان قيل كيف يكون المثل
بمعني العين وقد فاته وصف الثمنه وانما كان بمعني العين أن لو رده مثله حال كونه ناقصاً (٢٧٩) أجاب المصنف رحمه الله (بان الثمنه

معني والتمنية فضل فيه اذا القرض لا يختص به وعندهما يجب قضاها له لما بطل وصف الثمنه تعذر ردها كما
قبض فوجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثلياً فانقطع لكن عند أبي يوسف رحمه الله يوم القبض وعند محمد رحمه
الله يوم الكساد على ما مر من قبل وأصل الاختلاف فيمن غصب مثلياً فانقطع وقول محمد رحمه الله أنظر للجانين
وقول أبي يوسف أسير

اذ لو كان استبداد الحقيقة موجبا لرد المثل استلزم الزم بالنسبة فكان موجباً رد العين الآن ما تضمنه هذا العقد
لما كان تملك المنفعة بالاستهلاك لا بقاء العين لزم تضمين التملك العين قبل الضرر و ردا كفي رد العين
معني وذلك برد المثل ولذا يجبر المصوب منه على قبول المثل اذا أتى به الغاصب في غصب المثل بالانقطاع مع أن
موجب الغصب رد العين وذلك حاصل بالكساد (والتمنية فضل في القرض) غير لازم فيه ولا يجوز استقرضها
بعد الكساد وكذا يجوز استقرض كل مثلي وعددي متقارب ولا تمنية (ولو ما له لما بطل وصف الثمنه تعذر
ردها كما قبضها فوجب رد قيمتها) وهذا لان القرض وان لم يقبض وصف الثمنه لا يقتضي سقوط اعتبارها
اذا كان المقبوض قرضاً وصرفاً لان الاوصاف معتبرة في الدون لانها تعرف بها اختلاف الاعيان المشار
اليها وصفها الغولان تعرف بذواتها وانما خبر دليلهما بحسب عادة المصنف ظاهر في اختياره قولهما (ثم أصل
الاختلاف) في وقت الضمان اخلافهما (فمن غصب مثلياً فانقطع وجبت القيمة عند أبي يوسف يوم الغصب
وعند محمد يوم القضاء) وقولهما انظر للمقرض من قول أبي حنيفة لان في رد المثل اضراراً به ثم قوله أبي يوسف
أنظره أيضاً من قول محمد لان قيمة يوم القرض أكثر من قيمته يوم الانقطاع (فكان قول محمد أنظر
للمستقرض من قول أبي يوسف (وقول أبي يوسف أسير) لان القيمة يوم القبض معلومة ظاهرة لا يختلف

محمد رحمه الله وأما على قولهما فلا يستقيم وينبغي أن يبطل البيع بالفساد في ثلث البلدة بناء على اختلافهم في
بيع الفلوس بالفلسين وعندهما يجوز اعتبار الاصطلاح بعرض الناس وعند محمد رحمه الله لا يجوز اعتبارا
لاصطلاح السكك فالكساد ينبغي أن يكون على هذا القياس أيضاً وفي اللدوري اذا اشترى بفلوس وكسدت
قبل القبض فسد العقد في قول أبي حنيفة ثم رحمه الله وعندهما لا يفسد وقال أبو يوسف رحمه الله عليه قيمتها
يوم البيع وعليه الفتوى ثم اذا فسد البيع بالكساد أو بالانقطاع فان لم يكن المبيع مقبوضاً فلا حكم له اذا
البيع أصلاً وان كان مقبوضاً فان كان فاعادته على البائع وان كان مستهلكاً أو هالكاً رجع البائع
عليه بقيمة المبيع ان لم يكن مثلياً أو مثله ان كان مثلياً هذا اذا كسدت الدراهم أو الفلوس فاما اذا غلبت بان
ازدادت قيمتها فالبيع على حاله ولا يتغير المشتري واذا انتقصت قيمتها ورخصت فالبيع على حاله وبطلان
بالدراهم بذلك العيار الذي كان وقت البيع والذي ذكرنا من الجواب في الكساد فهو الجواب في الانقطاع
اذا انقطعت الدراهم من أيدي الناس قبل القبض فسد البيع عند أبي حنيفة رحمه الله وحدا الانقطاع أنه لا
يوجد في السوق وان كان يوجد في أيدي الصارفة (قوله والتمنية فضل فيه) أي في القرض اذ حصة
استقرض الفلوس لم يكن باعتبار صفة الثمنه بل لانه مثلي وبالكساد لم يخرج من أن يكون مثلياً ولهذا صح
استقرضه بعد الكساد (قوله وأصل الاختلاف) أي أصل الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمه الله
وانما قيدناه لانه بنى هذا الاختلاف على الاختلاف في غصب المثلي كالمطرب مثلاً وفيه كان الاختلاف بينهما
تأثير الاختلاف الذي نحن فيه كذا في النهاية وفي فوائد الجبازي وأصل الاختلاف فيمن غصب مثلياً فانقطع

محمد رحمه الله يوم الانقطاع وسيجيء (وقول محمد رحمه الله أنظر) للمقرض والمستقرض لان على قول أبي حنيفة رحمه الله يجب رد المثل وهو
كاسد وفيه ضرر بالمقرض وعلى قول أبي يوسف يجب القيمة يوم القبض ولا شك ان قيمة يوم القبض أكثر من قيمة يوم الانقطاع

لا يمكن الانتفاع به الا باهلاكه عينه وكل اعارة كذلك موجباً رد العين معني فهذا كذا الآله لم يصرح بهذا القيد في الصغرى اعتماداً على فهم
الناظرين أما ما ذكره الشارح فلا يخفى عليك ما فيه من سوء الاوتباط قال المصنف (وقول محمد أنظر) أقول قال الكافي وفي بعض النسخ أنظر

وهو ضرر بالمستقرض فكان قول محمد أنظر للجانبين (وقول أبي يوسف أيسر) لأن قيمته يوم القبض معلومة للمقرض والمستقرض وسائر الناس وقيمة يوم الانقطاع تشبه على الناس ويختلفون فيها فكان قوله أيسر قال (ومن اشترى شيئاً بنصف درهم فلوس جاز الخ) رجل قال اشترت هذا بنصف درهم فلوس يعني ان (٢٨٠) ذلك النصف من الدراهم فلوس لانقرة وذلك معلوم عند الناس وقت العقد جاز ويجب

قال (ومن اشترى شيئاً بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس) وكذا اذا قال بدائق فلوس أو بغيراط فلوس جاز وقال زفر لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وانها تقدر بالعدد لا بالدائق والدرهم فلا بد من بيان عددها ونحن نقول ما يباع بالدائق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه فأغنى عن بيان العدد ولوقال بدرهم فلوس أو بدرهمي فلوس فكذلك عند أبي يوسف رحمه الله لان ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس وعن محمد رحمه الله لا يجوز بالدرهم ويجوز فيها

عليه الوفاء بذلك القدر من الفلوس وكذا اذا قال بدائق فلوس وهو سدس الدرهم جاز أو بغيراط فلوس وقال زفر لا يجوز لانه اشترى بالفلوس وهي معدودة ونصف درهم ودائق وقيراط

فيها بخلاف ضبط وقت الانقطاع فانه عسر فكان قول أبي يوسف أيسر في ذلك (قوله ومن اشترى شيئاً بنصف درهم) فأكهة أو غيرة هاتين قال مثلاً بائع سلعته اشترى يتهامنك بنصف درهم فلوس فقال بعثك (انعقد مو جباً الدفع ما يباع من الفلوس بنصف درهم فضة وكذا اذا قال بدائق من الفلوس) وهو سدس درهم (أو بغيراط) وهو نصف السدس (وقال زفر رحمه الله لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وهي تقدر بالعدل بالدائق والدرهم فلا بد من بيان عددها) والا فالثمن مجهول ولان العقد وقع على الدائق والدرهم ثم شرط ابقاءه من الفلوس وهو صفة في صفقة فان المعنى انه شرط أن يعطى بنصف الدرهم الذي هو الثمن فلوساً أو هوان يبيعه بالدائق فلوساً ونحن نقول ان ما يباع بالدائق وما ذكرنا من الفلوس معلوم وهو المراد بقوله بنصف درهم فلوس لانه لما ذكر نصف الدرهم ثم وصفه بأنه فلوس وهو لا يمكن عرف أن المراد ما يباع به من الفلوس وهو معلوم عند الناس فأغنى عن ذكر العدد بخصوصه واذا صار كناية عما يباع بنصف درهم وربع درهم لم يلزم جهالة الثمن ولا صفة في صفقة لان الثمن حينئذ من الابتداء ما يباع من الفلوس بنصف درهم (وقال بديرهم فلوس أو درهمين فكذلك عند أبي يوسف وعند محمد لا يجوز الا فيما

منه موزونة وذكرة لا يغنى عن بيان العدد في الثمن مجهول وهو مانع عن الجواز وقتنا فرض المسئلة فيما اذا كان ما يباع بنصف درهم من الفلوس معلوماً من حيث العدد فكان مغنياً عن ذكر العدد واذا زاد على الدرهم جوزه أبو يوسف بناء على كونه معلوماً وفصل محمد رحمه الله بين مادون الدرهم وما فوقه فجوز في مادون الدرهم خاصة لان في العادة المبيعة بالفلوس في مادون الدرهم فكان معلوماً بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا والاصح قول أبي يوسف لاسمياً في دارنا على عدم المنازعة لكونه معلوماً ولا شراً لالعرف فالوجه الله

الآن هناك تعتبر القيمة يوم الخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله وهذا لا يقول به لان ايجاب قيمتها من الغصة يوم الخصومة لا يفسد لان قيمتها كاسدة وعينها سواء على ايجاب العين كاسدة أو عدل من قيمتها كاسدة فأوجب مثلها كاسدة وعندهما ماوجب اعتبار قيمتها ارجحة اما يوم القبض أو آخر يوم كانت ارجحة فيه فكسدت كان ايجاب قيمتها من الغصة أولى من ايجاب عينها كاسدة كافي المبسوط وقول محمد رحمه الله أنظر في حق المقرض بالنظر الى قول أبي حنيفة رحمه الله وكذا في حق المستقرض بالنسبة الى قول أبي يوسف رحمه الله وفي فتاوى قاضيان رحمه الله قال محمد رحمه الله عليه قيمتها في آخر يوم كانت واجبة وعليه الفتوى وقول أبي يوسف رحمه الله أيسر أي للمفتي أو القاضي لان قيمته يوم القبض معلومة ويوم الانقطاع لا يعرف الا بخرج وفي المحيط ذكر القيمة على قولهما من غير فصل بين ما اذا كانت قائمة أو هالكة والفلوس المغصوبة اذا كسدت فإن كانت قائمة مدعيتها بالاجماع وان كانت هالكة فعلى الاختلاف الذي مر وهذه المسئلة في الحاصل فرع مسئلة أخرى في كتاب الغصب أن من غصب مملوكاً عنده أو استهلك ثم انقطع أو ان الرطب قال أبو حنيفة رحمه الله عليه قيمة يوم الخصومة وقال أبو يوسف رحمه الله قيمة يوم الغصب وقال محمد رحمه الله يوم الانقطاع وكثير من المشايخ كانوا يفتون بقول محمد رحمه الله وبه كان يفتي الصدر الكبير برهان الأئمة والصدر الشهيد حسام الدين رحمه الله وبعض مشايخنا في زماننا افتوا بقول أبي يوسف رحمه الله (قوله ومن اشترى شيئاً بنصف درهم فلوس) أي اشترى بفلوس قيمتها نصف درهم فضة (قوله من الفلوس) بيان

للجانبين اه والظاهر أن كونه انظر لجانب المقرض بالنسبة الى قول أبي يوسف (قوله وهو ضرر بالمستقرض) أقول يعني وجوب القيمة

يوم القبض ضرر بالمستقرض فيه شيء ويجوز أن يقال هو ضرر على بعض التقادير وهو أن لا ينتفع بها حين كان قيمته دون مثل قيمته يوم القبض ثم قوله وهو ضرر وأي وجوب القيمة يوم القبض ضرر (قوله بنصف درهم فلوس) أقول قوله فلوس صفة نصف درهم أو بديل (قوله أو بغيراط فلوس) أقول وهو نصف السدس (قوله واذا زاد على الدرهم) أقول الاظهر ان يقال على مادون الدرهم (قوله وفصل محمد رحمه الله) أقول في غير ظاهر الرواية عنه

(ومن أعطى صير فيا درهم الخ) هذه ثلاث مسائل الأولى أن يغطي درهم كبير أو يقول أعطني بنصفه فلوسا بنصفه نصفاً أي: درهماً صغيراً وزنه نصف درهم كبير لا حجة تجاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي (٢٨١) عنده حاله قابل نصف الدرهم بالفلوس ولا

مائع فيه عن الجواز وقابل النصف بنصف الاجبة وهو ربا فلا يجوز وعلى هذا قياس قول أبي حنيفة رحمه الله بطل في الكل لاتحاد الصفة وقوة الفساد لكونه مجعاً عليه فيشبع كما إذا جمع بين حرو عبدوا باهم ماصفة واحدة عبارة الكتاب يدل على انه لا نص عن أبي حنيفة رحمه الله * والثانية ان تكرار لفظ الاعطاء والمسئلة يحالها فالحكم ان العقد في حصة الفلوس جائز بالاجماع لانه عقدان وفساد احدهما لاوجب فساد الآخر كما قال يعني بنصف هذه الالف عبداً وبنهنا ذنا من الخرفان البيع في العقد صحيح وفي الخبر فاسد ولم يشع الفساد لتفرقة الصفة وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني والفقيه المظفر بن البيان والشخ لامام شيخ الاسلام أن العقد لا يصح ههنا أيضاً وان كرر لفظ الاعطاء لاتحاد الصفة

فان قوله أعطني مساومة وبتكرارها لا يتكرر البيع وهذا لان بذكر المساومة

(قوله كما لو قال يعني بنصف هذه الالف عبداً وبنهنا ذنا من الخرفان) أقول الظاهر أن يقال يعني بنصف هذه الالف عبداً وبنهنا ذنا من الخرفان بتكرار لفظ

بمعنى قال المصنف (ولو قال أعطني نصف درهم فلوس) أقول قال ابن الهمام يجوز في فلوس الجوزة مثلاً درهم والنصب مئة للنصف انتهى ويجوز على رواية الجوز أن يكون مئة للنصف والجوز على الجواز

دون الدرهم لان في العادة المبيعة بالفلوس فيمادون الدرهم فصار معلوماً بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول أبي يوسف رحمه الله أصح لاسمياً في دينارنا قال (ومن أعطى صير فيا درهماً وقال أعطني بنصفه فلوساً وبنصفه نصفاً لا حجة تجاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما) لان بيع نصف درهم بالفلوس جائز وبيع النصف بنصف الاجبة ربا فلا يجوز (وعلى قياس قول أبي حنيفة رحمه الله بطل في الكل) لان الصفة متحدة والفساد قوي فيشبع وقدم نظيره ولو كرر لفظ الاعطاء كان جوابه بكوابهم ما هو الصحيح لانهما بيعان (ولو قال أعطني نصف درهم فلوساً ونصفاً لا حجة تجاز) لانه

دون الدرهم لان المبيعة في العادة في الفلوس فيمادون الدرهم فيصير معلوماً بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول أبي يوسف رحمه الله أصح ولا سيما في دينارنا أي المدن التي وراء النهر فانهم يشترون الفلوس بالدرهم ولان المداير والعلم بما يباع بالدرهم من الفلوس مع وجوب الحمل عليه تعميها للعلم بأنه المراد ولا فرق في ذلك بين مادون الدرهم والدرهم فضلا عن الدرهم ولم يذكر في المبسوط خلاف محمد والمذكور من خلافه خلاف ظاهر الرواية عنه وفي بعض النسخ سيما بغير لا وهو استعمال لم يثبت في كلام من يخرج بكلامه في اللغة وفي بعضها على الصواب (قوله ومن أعطى صير فيا درهماً فقال أعطني بنصفه) أو بعبارة أخرى قيراط منه (فلوساً وبنصفه نصفاً لا حجة) وعلى وزانه أن يقول وبثلاثة أرباع درهم الاجبة وقس الباقي (جاء البيوع في الفلوس وبطل فيما بقي) من النصف الآخر أو الثلاثة الأرباع وباقي الصور (لان بيع نصف الدرهم بالفلوس جائز وبيع نصف درهم بنصف) درهم (الاجبة ربا فلا يجوز وعلى قياس قول أبي حنيفة بطل في الكل لان الصفة متحدة والفساد قوي) مقارن للعقد (فيشبع وقدم نظيره) يعني في باب البيع الفاسد في مسئلة الجمع بين العبد والحر اذا لم يفصل الثمن يشبع الفساد اتفاقاً اذا فصل لا يشبع عندهما وعندنا يشبع (فلو كرر لفظ الاعطاء) بان قال أعطني بنصفه فلوساً وأعطني بنصفه نصفاً لا حجة (كان جوابه بكوابهم ما) في أن الفساد يخص النصف الآخر لانهما بيعان (لتعدد الصفة وهذا هو المختار خلافاً لما حكي عن الشيخ أبي جعفر وشيخ الاسلام والمظفر أنه لا يجوز وان كرر لفظ الاعطاء لان تعدد الصفة عنده بتعدد البيع وهو الايجاب ولفظ أعطني مساومة اذا كان قوله يعني بكذا ليس ايجاباً حتى لو قال بعث لا ينعقد ما لم يقل الاول قبلت فاعطني وليس من مادة البيع أولى وحينئذ لم يتعدد البيع فيشبع الفساد على قوله كالصورة الاولى وجسه المختار ان ذلك صار معلوماً المراد أنه ايجاب وعلى هذا قلون يعرف في مثله صح أيضاً لانهم لم يذكره أو ان الكلام فيما اذا دفع اليه المخاطب قبل الافتراق فانه يجعلى يعني النصفين بالمعاطاة فيهما والله أعلم (ولو قال) حين دفع اليه الدرهم الكبير (أعطني نصف درهم فلوساً ونصفاً لا حجة تجاز) فيها (لانه

ما يباع وفي المغرب الدائق بالغض والكسر قيراطان والجمع دائق ودوائق وفي الصحاح الدائق سدس الدرهم والقيراط نصف دائق ومن أعطى صير فيا أي صرافاً وهو من قولهم الدرهم على الدرهم صرف في الجودة والقيمة أي فضل وقيل بان يعرف هذا الفضل ويميز هذه الجودة صرافاً وصير في كذا في المغرب (قوله والفساد قوي) لانه مجع عليه وقدم نظيره وهو ما إذا جمع بين حرو وعبدوا باهم ماصفة واحدة فلوم بين عن كل واحد منهما يشبع الفساد في الكل بالاجماع وان بين يشبع الفساد على قول أبي حنيفة - ترجمه الله ولو كرر لفظ الاعطاء كان جوابه بكوابهم ما لانها بيعان بان قال أعطني بنصفه كذا فلوساً وأعطني بنصفه الباقي نصفاً لا حجة فالحكم أن العقد في حصة الفلوس جائز بالاجماع وحكي عن الفقيه عمر بن جعفر الهندواني والفقيه مظفر بن البيان والشخ الامام شيخ الاسلام رحمه الله ههنا أيضاً يصح وان كرر لفظ الاعطاء لان الصفة متحدة لانهم لو تفرقت انحازت ببتكرار قوله أعطني ولا وجه اليه لان قوله أعطني مساومة بتكرار

(٣٦) - (فتح القدير والكفاية) - (سادس)

قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم ونصف درهم الاحبة فيكون نصف درهم الاحبة بمثله وما وراءه
بازاء الفلوس قال رضى الله عنه وفي أكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية والله تعالى أعلم بالصواب
(كتاب الكفالة)

قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم ونصف درهم الاحبة في (يخري للجواز بان (يكون نصف
درهم الاحبة بمثله وما وراءه بازاء الفلوس) نعم قد يقال لسا كان قوله نصف درهم فلوس معناه ما يباع من
الفلوس به كان الحاصل أعطى بهذا الدرهم ما يباع من الفلوس بنصف درهم ونصف درهم الاحبة وما يباع
بنصف درهم معلوم انه يخص بنصف الدرهم فصار كالاول كأنه قال أعطى بنصفه نصف درهم فلوس ونصفه
نصف درهم الاحبة وجوابه أن موجب التحري للصحح أن المعنى على ذلك التقدير أعطى بهذا الدرهم نصف
درهم الاحبة وما يباع بنصف درهم فلوس وهذا يفيد أنه إنما اشترى ما يباع من الفلوس بنصف درهم وحبته
وما يباع من الفلوس بنصف درهم الاحبة بمثله قال المصنف رحمه الله (وفي أكثر نسخ المختصر) يعنى القدوري
(ذكر المسئلة الثانية) ولم يذكر الاول ولذا قال شارحه وهو غلط من الناسخ ويجوز في فلوس الجرصفة لدرهم
والنصف صفة للنصف *(فروغ)* تقدم بعضها في ضمن التعليق فربما يغفل عنها تصارفا جنسا بحسب
متساويا فزاد أحدهما وحط شيئا وقبل الآخر التحق باصل العقد وبطل العقد وقال أبو يوسف لا يلحق
فيهما ولا يبطل وقال محمد لا يصح الحط فقط ويجعل هبة مبتدأة ولو تصارفا بغير الجنس فزاد أو حط جاز لعدم
اشتراط المماثلة غير أن الزيادة يجب قبضها في مجلس الزيادة لأنه ثمن الصرف وعند من لا يلحق الزيادة باصل
العقد كالشافعي وأحمد وجهان الله لا يشترط لانها هبة ابتدائية ولو افتقر قال عن قبضها بطل حصتها من البذل
الآخر كأنه باع السكك ثم فسدت في البعض لعدم القبض والحط جائز سواء كان قبل التفريق أو بعده ويرد الذي
حط ما حط وان كان الحط قبضا ذهب فهو شريل في الدينار مشللا في تبعيضه ضررا وكل مال روى
لم يجز بيعه مرابحة ولا مواضعة اذا اشتراه بجنسه ويجوز بخلاف جنسه ولو اشترى مصوغا من فضة بفضة
أو من ذهب بذهب وتقابضا فوجه المشتري معياله أن يرد به بالعيب فان رده بقضاء لا بأس به وان لم يقبض
الثمن من البائع في مجلس الرد لانه فسخ وبغير قضاء يشترط القبض في مجلس الرد فان قبض مع الرد والباطل
وعاد البيع الاول لانه بيع في حق الشرع فان عذر الرد بان هلك في يده أو حدث عيب آخرو جمع بارش
العيب ان كل الثمن ذهب بالتعذر الفسخ وان كان فضة لا يرجع لانه يؤدي الى الربا فان قبله البائع بعيبه ذلك
وان خيار للمشتري بعد ولو اشترى دينار بدينار درهم ولا دينار هذا ولا درهم لا لاخر ثم افتراضا تقابضا قبل التفريق
جاز وفي المكبل لا يجوز وعن أبي حنيفة رحمه الله اشترى فلوسا بدينار درهم ولا درهم لهما ثم نقد
أحدهما وتفرقا جاز ولو كان مكان الفلوس دينار لم يجز وتقدم معناه في تقسيم الطهراوي اشترى سيفا حليته
مائة درهم فضة بمائة درهم ثم علم أن حليته مائة درهم قبل التفريق فان شاء زاد في الثمن مائة أخرى وان شاء
فسخ والمائة ليست بشرط بل يز يد شيئا ليتمحض المائتان للحلية ولو علم بعد التقابض والتفريق بطل العقد
في السكك ولو كان ذلك في ابريق فضة يبطل العقد في نصف الابريق والله تعالى أعلم

(بسم الله الرحمن الرحيم) *(كتاب الكفالة)*

أو رد الكفالة عقيب البيوع لانها غالبا يكون تحقها في الوجود عقيب البيع فانه قد لا يطعن البائع الى
المساومة لا يتكرر البيع ألا ترى أن بذكر المساومة لا ينقد البيع حتى أن من قال لاخر يعنى فقال بعث لا
ينقد البيع ما لم يقل الاخر اشترت واذا كان لا ينقد البيع بذكر المساومة فبذكره كيف يتكرر
العقد وكانت الصفة واحدة والصحح أنهم جابيعان فلا يشيع الفساد (قوله وفي أكثر نسخ المختصر) أى
مختصر القدوري والله أعلم

(كتاب الكفالة)

لا ينقد البيع فان من قال
يعنى فقال بعث لا ينقد
البيع ما لم يقل الاخر
اشترت واذا كان لا ينقد
بذكر المساومة فكيف
يتكرر بتكرارها قيل
والاول هو الصحيح وهو اختيار
المصنف رحمه الله والثالثة
أن يقول أعطى نصف
درهم فلوس وفي بعض النسخ
فلوسا بدل عن نصف ونصف
الاحبة جاز والفرق بينها
وبين الاولى انه لم يكرر لفظ
بنصفه بل قابل الدرهم بما
يباع من الفلوس بنصف
درهم ونصف درهم الاحبة
فيكون نصف درهم الاحبة
بمثله والباقي بازاء الفلوس
قال المصنف رحمه الله (وفي
أكثر نسخ المختصر ذكر
المسئلة الثانية) أراد قوله
أعطى نصف درهم فلوس
ونصفا الاحبة وهى الثالثة
فيما ذكرنا يريد بذلك ان
المسئلة الاولى ليست
بمذكورة في أكثر نسخ
المختصر قال أبو نصر الاقطع
في شرحه للمختصر وهو غلط
من الناسخ والله سبحانه
وتعالى أعلم

(كتاب الكفالة)

عقب الميسوع بذكر
الكفالة لانها تكون في

(كتاب الكفالة)

الباعث غالباً ولا نهذا
كانت باسكان فيها معنى
المعاوضة انتهاء فناسب
ذكرها عقب البيوع التي
هي معاوضة (والكفالة
في اللفظة هي الضم قال الله
تعالى وكفلها زكريا)
أي ضمها إلى نفسه وقرئ
بتشديد الفاء ونصب زكريا
أي جعله كافلاً لها وضامناً
لمصلحتها (وفي الشريعة
ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة
وقيل في الدين والاول
اصح) لان الكفالة كما تصح
بالمال تصح بالنفس ولا
دين ثمة وكما تصح بالدين
تصح بالاعتبات المضمونة
لنفسها كما سجيء ولأنه لو
ثبت الدين في ذمة الكفيل
ولم ير الاصيل صار الدين
الواحد دينين وعورض
بما اذا وهب رب الدين دينه
للكفيل فإنه يصح ويرجع
به الكفيل على الاصيل ولو
لم يصر الدين عليه لم يملك كما
قال الامام السرخسي في
مبسوطه في باب كتاب القاضي
في الكفالة من كتاب الكفالة
لو كتب القاضي إلى القاضي
بكتاب في كفالة بنفس رجل
ولم يبين في كتابه أنه كفل
بأمره فإنه لا يؤخذ به بذلك
بمثلة ما لو أقر أنه كفل بغير
أمره وهذا لأنه لو كفل عنه
بمال بغير أمره لم يكن عليه
أن يخلصه من ذلك لأنه
الترحم باختياره فكذلك اذا
كفل بنفسه بغير أمره انتهى

الكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا ثم قيل هي ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول اصح

المشتري فاحتاج إلى من يكفله بالثمن أو لا يطعن المشتري إلى البائع فاحتاج إلى من يكفله في المبيع وذلك في السلم فلما كان تحققها في الوجود غالباً بعد ها أو ردها في التعليل بعدها وأما مناسبة خاصة بالصرف وهي أنها تصبح بالآخرة معاوضة عما ثبت في الذمة من الأمان وذلك عند الرجوع على المكفول عنه ثم لم يزل تقديم الصرف لأنه من أبواب البيع السابق على الكفالة فلزمت الكفالة بعده وبما حسن الكفالة جليلة وهي تفرج كرب الطالب الخائف على ماله والمطلوب الخائف على نفسه حيث كفاها مونة ما أهمها وقرجاً شها وذلك نعمة كبيرة عليهم ما ولذا كانت الكفالة من الأفعال العالية حتى آمن الله تعالى بها حيث قال وكفلها زكريا في قراءة التشديدية ضمن الامتنان على مريم إذ جعل لها من يقوم بمصالحها ويقوم بها بأن أتاح لها ذلك وسمى نبياً بذى الكفيل لما كفل جماعة من الأنبياء لملك أراد قتلهم وسبب وجودها تضيق الطالب على المطلوب مع قصد الخراج ورفع عنه ما تقر به إلى الله تعالى أو إزالة للذم عن نفسه إذا كان المطلوب ممن يهجمه ما أهمه وسبب شرعية تدفع هذه الحاجة والضرر الذي ذكرناه آنفاً ودليل وقوع شرعية ما قوله تعالى ولمن جاء به حل بغير وأمانه زعيم وقوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غار جرواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن والاجماع وشرطها في الكفيل كونه من أهل التبرع فلا كفالة من صبي ولا عبد محجور ولا مكاتب ولا تصح من المريض الا من الثلث وفي الدين أن يكون صحيحاً فلا كفالة في بدل الكتابة لأنه ليس ديناً صحيحاً فلا يلزم دين للمولى على عبده ولزوم دين الكتابة بخلاف القياس ليصل السبيل إلى العتق وأن يكون مقدور التسليم وأما فهو مهالفة فقال المصنف الضم سواء كان متعلقاً بعيناً أو معنى قال في المغرب تركيبة دال على الضم والتضمين ومنه كفل البعير كسائه يدار حول سنامه كالخوية تركب عليه وكفل الشيطان مركبه وأما في الشرع فمما أشار إليه من قوله (ثم قيل هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة وقيل في الدين قال والاول اصح) فلا يثبت الدين في ذمة الكفيل خلافاً للشافعي ومالك وأحمد في رواية فثبت الدين في ذمة الكفيل ولا يسهط عن الاصيل ولم يرجع في المبسوط أحد القولين على الآخر وما يخالف من لزوم صيرورة الألف الدين الواحد ألفين كما ذكره بعض الشارحين قال في المبسوط وأيسر من ضرورة ثبوت المال في ذمة الكفيل مع بقائه في ذمة الاصيل ما يوجب زيادة حق الطالب لان الدين وان ثبت في ذمة الكفيل فلا استيفاء لا يكون من أحدهما كالغاصب مع غاصب الغاصب فان كلا ضامن للقيمة وليس حق المالك إلا في قيمة واحدة لأنه لا يستوفى الا من أحدهما واختياره تضمين أحدهما بوجوب براءة الآخر فكذا هنا يريد باختياره التضمين القبض منه لا بمجرد حقيقة اختياره لأنه يحقق بموافقة أحدهما وبغير ذلك لا يبرأ الآخر وما يدل على ثبوت الدين في ذمة الكفيل أنه لو وهب الدين للكفيل صح ويرجع الكفيل به على الاصيل مع أن هبة الدين من غير من عليه الدين لا تجوز وكذا لو اشترى من الكفيل بالدين شيئا يصح مع ان الشراء بالدين من غير من عليه الدين لا يصح والحاصل أن ثبوت الدين في الذمة اعتباراً من الاعتباران الشرعية بخلاف أن يعتبر الشيء الواحد ذمتين إنما تمتنع في عين ثبت في زمن واحد في طرفين حقيقيين ولكن المختار ما ذكرناه أنه في مجرد المطالبة لا الدين لان اعتبار ذمة في الذمتين وان أمكن شرعاً لا يجب

هي الضمة لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا أي ضمها إلى نفسه وقال النبي عليه السلام أنا وكافل اليتيم كهاتين أي ضم اليتيم إلى نفسه ثم قيل أي في الشريعة هي ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة دون الدين وقيل في الدين وهو قول الشافعي رحمه الله فيصير الدين الواحد ذمتين لان الكفيل مطالب بالبقاء والمطالبة ببقاء الدين ولا دين محال اذا المطالبة فرع الدين ولا يتصور الفرع بدون الاصل ولهذا لو وهب له صح وكذا لو اشترى به منه شيئا صح وهبة الدين من غير من عليه الدين لا تصح وكذا الشراء بالدين من غير من عليه الدين لا يصح وليس من ضرورة ثبوت الدين في ذمة الكفيل مع بقائه في ذمة الاصيل ما يوجب زيادة حق الطالب لأنه وان ثبت الدين

الحكم بوقوع كل ممكن الا بموجب ولا موجب لان التوثيق يحصل بالمطالبة وهو لا يستلزم ولا بد من ثبوت اعتبار الدين في الذمة كالوكيل بالشراء يطالب بالثمن وهو في ذمة الموكل وأما الجواب عن تسليم الهبة والدين فانما جعلناه في حكم الدينين تصحح التصرف صاحب الحق وذلك عند وقوعه بالفعل وقبله لا ضرورة فلا داعي الى ذلك ولا يخفى أن ما نقل من قول أبي حنيفة أن الدين فعل يقتضي أن الدين في ذمة الكفيل أيضا كما هو في ذمة الاصيل اذ فعل الاداء واجب عليه ثم الوجه أن تطلق المطالبة من غير تقييد بالدين فان الكفالة كما تكون بان يكون تسكون بالاعيان المضطونة بنفسها وهو ما يجب تسليمه بعينه فان هلك ضمن مثله ان كان له مثل وبقية ان لم يكن له مثل كالمغصوب والمبيوع به فافسادا والمقبوض على سوم الشراء تصح الكفالة بهما ويجب تسليمها واذا هلك يجب تسليم قيمته اذا ثبت بالبينة أو بالاقرار والاعيان المضطونة بغيرها وهي الاعيان الواجبة التسليم فائمة وعند هلاكها لا يجب تسليم مثلها ولا قيمتها وهو المبيع قبل القبض يضمن بالثمن وكالرهن يضمن بالدين ولو هلك يجب على الكفيل قيمتها وأما الاعيان الواجبة التسليم وهي أمانة كالعارية والمستاجر في يد المستاجر تصح الكفالة بها ومتى هلك لا يجب على الكفيل قيمتها بخلاف الاعيان الغير الواجبة التسليم كالودعة ومال المضاربة والشركة لا تصح الكفالة بها أصلا أو أماركتها لا يجب والقبول بالانقضاء لا يثبت ولم يجعل أبو يوسف في قوله الاخير القبول ركننا فجعل الكفالة تتم بالكفيل وحده في الكفالة بالمال والنفس وهو قول مالك وأحمد وقول للشافعي واختلفوا على قول أبي يوسف فقيل ان الكفالة تصح من الواحد وحده موقوف على اجازة الطالب أو تصح نافذا وللطالب حق الرد وفائدة الخلاف انما تظهر فيما اذا مات المكفول له قبل القبول من يقول بالتوقف يقول لا يؤخذ به الكفيل وأما حكمها فثبت حق المطالبة للكفيل متى شاء سواء تعذر عليه المطالبة الاصيل أولا وفي رواية يثني مالك لا يطالب به الا اذا تعذر ذلك وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة ودادور أبو ثور ينتقل الحق الى ذمة الكفيل فلا يملك مطالبه الاصيل أصلا كما في الحوالة وما ذكر في المنظومة من نسبة ذلك الى مالك خلاف ما في مشاهير كتب اصحابه احتجوا بما روى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم حضر جنازة فقال هل على صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان فقال صلوا على صاحبكم فقال على رضي الله عنه أنا لله اضا من فقام صلى الله عليه وسلم وصلى عليه ثم أقبل على علي رضي الله عنه فقال جزاك الله خيرا وفك رهانك كما فككت رهان أخيك فقيل يا رسول الله أنه خاصة أم للناس كافة فقال للناس كافة فدل أن المضمون عنه ابرئ من الضمان والعمامة قوله صلى الله عليه وسلم نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه وقوله في خبر أبي قتادة الا أن بردت جلده وصلاته صلى الله عليه وسلم على المضمون عنه لانه بالضمان صار وفاء وانما تمتنع عن الصلاة على مدين لم يخاف وفاء وقوله فك انك رهانك لانه كان بحال لا يصلي عليه فلما ضمن عنه فكاه عن ذلك ولا يخفى انه لم يقع الجواب بعد فان الدليل يتم بصلاته عقيب ضمان على اذيل على أن الضمان

قبل الكفالة لان تسليم الدين من غير من عليه الدين لا يجوز وأجيب بأن رب الدين لما وهبه للكفيل صح فعملنا الدين عليه حينئذ لضرورة تصح التصرف وجعلناه في حكم دينين وأما قبل ذلك فلا ضرورة فلا يجعل في حكم دينين

في ذمتها فلا استيفاء لا يكون الا من أحدهما كالغاصب مع غاصب الغاصب فان كل واحد منهما اضا من لقيمة ولا يكون حق المغصوب منه الا في قيمة واحدة لانه لا يستوفي الا من أحدهما غير أن هنالك اختياره تضمين أحدهما ببراءة الآخر لما فيه من التملك منه وهما لا يوفي ما لم يوجد حقيقة الاستيفاء فلهذا يملك المطالبة كل واحد منهما والاول أصح لان الدين بقي في ذمة الاصيل كما كان في تصور وجوبه في ذمة الكفيل لان جعل الدين الواحد دينين قلب الحقيقة فلا يصار اليه الا عند الضرورة كما اذا وهب للكفيل أو اشترى به منه شيئا حينئذ جعلنا الدين عليه ضرورة تصح تصرفه وجعلناه في حكم دينين وقبله لا ضرورة ولا يتصور وجود المطالبة الا بعد وجود أصل الدين فاما أن يكون واجبا على من عليه المطالبة لا محالة فلا ألتري أن الوكيل بالشراء يطالب بالثمن وأصل الثمن على الموكل حتى لو أبرأ البائع الموكل عن الثمن صح وكما يجوز أن تنفصل المطالبة عن أصل الدين في حق من له ابتداء حتى تكون المطالبة بالثمن للوكيل بالمبيع وأصل الثمن للموكل فكذلك يجوز أن تنفصل المطالبة عن أصل الدين في حق من عليه فتمتوجه المطالبة على الكفيل بعد الكفالة وأصل الدين في ذمة الاصيل وكذلك تنفصل المطالبة عن أصل الدين سقوطا بالتأجيل فكذلك

قال (الكفالة ضربان الخ) الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة عندنا والمضعون بهم الحضور المكفول به وقال الشافعي لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه لانه وقباني مثله لا يتقاده ليسلم ولا نه (٢٨٥) لا قدره على نفس المكفول به شرعا

أما اذا كان بغير أمره فظاهر وأما اذا كان بأمره فلا ن أمره بالكفالة لا يثبت له عليه ولا يفي بنفسه ليسلم كما أن أمره بالكفالة بالمال لا يثبت له عليه ولا يفي ليوذي المال من المكفول عنه بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم أي الكفيل ضامن ووجه الاستدلال انه باطلة يفيد مشروعية الكفالة بنوعها لا يقال هو مشترك في الازام لانه عليه الصلاة والسلام حكم فيه بعهة الكفالة التي يلزم فيها الغرم على الكفيل والكفيل بالنفس لا يغرم شيأ لان الغرم ينبي عن لزوم ما ينضر وهو موجود في الكفالة بالنفس لانه يلزم الكفيل الاحضار وهو يتضرر به (قوله ولانه يقدر على تسليمه) جواب عما قال الخصم كفل بما لا يقدر على تسليمه ونقرر انه لا نسلم انه لا يقدر على تسليمه (قوله اذلا قدرة له على نفس المكفول به) الغاضي على أن قوله لا قدرة له على نفس المكفول به

قال (الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة والمضعون بهم الحضور المكفول به) وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه اذلا قدرة له على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيه ولانه يقدر على تسليمه بطريقه بان يعلم الطالب مكانه فيجلى بينه وبينه أو يستعين بأعوان لقاضي في ذلك والحاجة ماسة اليه وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة فيه

(قوله قال) أي القدوري (الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال) ويدخل في الكفالة بالمال الكفالة بالأعيان التي ذكرناها (والكفالة بالنفس جائزة والمضعون بهم الحضور المكفول به) ثم نقل عن الشافعي ان الكفالة بالنفس لا تجوز وهو قول مخالف لا قولنا استدل لقوله المضعف (بانه التزام لا يقدر على تسليمه اذلا قدرة له على نفس المكفول به) فكان كبيع الطير في الهواء وهذا لانه حر لا يتقاده ولا ولاية له عليه خصوصاً اذا كفل بغير أمره وكذا بأمره لان أمره بكفالة لا يثبت له ولاية عليه وصار كالكفالة بين الشاهدين (و) استدل للمذهب بما أخرجه من قوله صلى الله عليه وسلم لزعيم غارم) باعتبار وعده وقوله (بنوعيه) أي نوعي عقد الكفالة واعترض بانه يخص بالزعيم في المال من نفس الحديث حيث قال غارم والكفيل بالنفس لا غرم عليه للعالم وأجيب بان الغرم لا يختص بالمال بل الغرم أداء ما يلزمه مما ينضر والغرام اللازم ذكره في الجملة والكفيل بالنفس يلزمه الاحضار وقد ثبت بالقياس على كفالة المال وهو ما أشار اليه المصنف بقوله (والحاجة اليه ماسة وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة) وحاصله الخافه بجامع عموم الحاجة اليها احياء الحقوق مع الإيجاب والقبول والشرايط وما طرأ من انتفاء الشرط بانتفاء القدرة على تسليمه ممنوع لان الظاهر أنه ينقاد اذا كان بأمره وان كان بلا أمره يمكنه احضاره بالاستعانة بأعوان الحاكم وأبطل بعضهم قوله لا يقدر على نفس المكفول بأنه مبني على عدم جواز الكفالة فلا يصح دليله ولا يخفى ان ليس المراد بالقدرة المنفية القدرة الشرعية ليكون مبنياً على عدم جواز الكفالة فيلزم الدور بقليل تامل وروى أنه صلى الله عليه وسلم كفل رجلاً في ثمرة وكان بين علي وعمر

الترابا بالكفالة والمطالبة مع أصل الدين بمنزلة ملك التصرف مع ملك العين فكما يجوز أن يفصل ملك التصرف عن ملك العين في حق المكاتب وملك الدين عن ملك العين في حق المرتبة فكذلك يجوز أن يفصل التزام المطالبة بالكفالة عن التزام أصل الدين كذا في البسوط وأما كنهها فالإيجاب والقبول عند أبي حنيفة ومحمد هما الله خلاف في يوسف رحمه الله في قوله لا أخر حتى أن عندهما الكفالة لا تتم بالكفيل وحده سواء كان كفل بالمال أو بالنفس ما لم يوجد قبول المكفول له أو قبول أجنبي عنه في مجلس العقد وقال أبو يوسف رحمه الله أخر الكفالة تتم بالكفيل وجد القبول أو الخطاب من غيره أو لم يوجد واختلف المشايخ رحمه الله في قوله لا أخر أن الكفالة تصح من الكفيل وحده موقفاً على إجازة الطالب أو تصح نافذاً وللا طالب حتى الرد فائدة هذا الخلاف انما تظاهر فيما اذا مات المكفول له قبل القبول فن يقول بالتوقف يقول لا يؤخذ به الكفيل و ما شرطها كون المكفول به مقدور التسليم من الكفيل حتى لا تصح الكفالة بالحدود والقصاص لغوات شرطها اذ غير الجاني لا يؤخذ بجناية الجاني وأن يكون ديناً صحيحاً ولهذا لم تصح الكفالة ببذل الكتابة لانه ليس بدين صحيح لانه لا يجب للمولى على عبده دين وانما وجب مخالفة القياس فلا يظهر في حق صحة الكفالة وأما أهلها فاهل التبرع بان كان حراماً فلا يصح من العبد والصبي وحكمه او جواب المطالبة على الكفيل (قوله بنوعيه الكفالة بالنفس والمال) فان قيل قوله عليه السلام الزعيم غارم يدل على

نوعه مبني على عدم جواز الكفالة فلا يصح دليله (قوله والحاجة ماسة) استظهر بعد من الدليل وذلك لان معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة قد تحقق فيه المانع منتف لاذكرنا والحاجة وهي احياء حقوق العبادسة فلم يبق القول بعدم الجواز الا في نواحيها (قوله مبني على عدم جواز الكفالة) أقول فيه أن البناء على ذلك ممنوع فان الخصم أثبتة بالقياس على الكفالة بالمال بالأمر كما أنقأ

قال (وتنعد اذا قال تكفلت بنفس فلان الخ) لما فرغ من أنواع الكفالة شرع في ذكر الالفاظ المستعملة فيها وهي في ذلك على قسمين قسم يعبر به وعن البدن حقيقة كقوله تكفلت (٢٨٦) بنفس فلان أو بجسده أي بدنه وقسم يعبر عنه عرفاً كقوله تكفلت بوجهه وبرأسه

قال (وتنعد اذا قال تكفلت بنفس فلان أو برقبته أو بوجهه أو بجسده أو برأسه وكذا أي بدنه وبوجهه) لأن هذه الالفاظ يعبر بها عن البدن إما حقيقة أو عرفاً على ما مر في الطلاق وكذا اذا قال بنصفه أو بثلثه أو بجزء منه لأن النفس الواحدة في حق الكفالة لا تختزأ فليكن ذكر بعضها شائعاً كذكر كلها بخلاف ما اذا قال تكفلت ببدن فلان أو بوجهه لأنه لا يعبر به عن البدن حتى لا تصح إضافة الطلاق اليهما وفيما تقدم تصح (وكذا اذا قال ضمنته) لأنه نص صريح بوجهه (أو قال هو) (على) لأنه صيغة الالتزام (أو قال الى) لأنه في معنى على في هذا المقام

رضي الله عنه ما خصومة فكفلت أم كلثوم بنفس على رضي الله عنه وعرض بالمناقضة في الحدود والقصاص فان الكفالة بالنفس فيها لا تصح وان كان تسليم النفس واجباً كتسليمها للجواب والجواب منع عدم صحتهما لما قبل المنصوص في الاصل صحة الكفالة بنفس من عليه حد القذف والسرقة والقصاص في النفس وما دون النفس ووجهه أنهم من حقوق العباد من وجهه في بعضها ومن كل وجهه في بعضها وأما حد الزنا والشرب فعند صحة الكفالة الزوم النفاي فان الحد يمتثل في درته وصحة الكفالة للاستيثاق والاحتياط لاستيفائه فقام المانع فيه ما أو ما الجبر على اعطاء الكفيل فيها في الحدود لا يجبر بالاجماع وفي القصاص كذلك باستدأبي حنيقة خلاف الهاو ما عدم صحة الكفالة بنفس الشاهد ليوذي فلان الكفالة لا تنعقد لان الشاهد عند مطالبة الطالب له بالاداء ما أن يجيب ويحضر أولاً وفي الاول لا حاجة الى الكفالة وفي الثاني يلزم فسقه فلا تقبل شهادته لو أحضره الكفيل بخلاف ما نحن فيه (غمله وتنعقد اذا قال تكفلت الخ) شروع في ذكر الالفاظ التي تثبت بها الكفالة وهي صريح وكناية فالصريح تكفلت وضمنت وزعيم وقبيل وجبيل وعلى والى والى عندى هذا الرجل وعلى أن أو فليكن به أو على أن ألقاك به أو دعه الى وجيل بالخاء المهملة بمعنى كقبيل به يقال جسد به حمله بفتح العين في الماضي وكسر هاء المضارع وروى في الفائق الخيل ضامن وأما القبيل فهو أيضاً بمعنى الكفيل ويقال قبل به قبالة بفتحها في الماضي وضها وكسر هاء المضارع وهذه الالفاظ توجب لزوم موجب الكفالة اذا أضيفت الى جلة البدن أو ما يعبر به عن الجلة حقيقة في الالفاظ والعرف وما لا فلا على وزان الطلاق على ما مر مثل كفلت أو أنا جيل أو زعيم بنفسه أو برقبته أو بوجهه أو جسده أو رأسه أو يدينه أو وجهه لأن هذه يعبر بها حقيقة كالنفس والجسد والبدن وعرفاً ولغة مجازاً كهورأس وتحرير رقبة وتقدم في الطلاق ولم يذ كر بمجرد وجهه الله ما اذا كفل بعينه قال البخاري رحمه الله لا يصح كفاي الطلاق الآن ينوي به البدن والذي يجب أن يصح في الكفالة والطلاق اذا عين بما يعبر به عن الكل يقال عين القوم وهو عين في الناس ولعله لم يكن معروفاً في زمانهم أمافي زماننا فلا شك في ذلك بخلاف ما لو قال بده أو رجله ويتأني في دمه ما تقدم في الطلاق (وكذا) اذا أضاف الى جزء شائع منه ككفلت (بنصفه أو ثلثه أو بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تختزأ فذكر بعضها شائعاً كذكر كلها) ووجه ضمننت (بأنه نص صريح بموجبه) لان موجب الكفالة لزوم الضمان في المال في أكثر الصور (وعلى صيغة التزام والى في معناه

وجوب الغرم على الكفيل والكفيل بالنفس لا يغرم شياف كيف يستدل به على مشروعيته قلنا الغرم ينبي عن لزوم شيء يضره وعلى الكفيل بالنفس يلزم الاحضار والحاجة ماسة الى هذا النوع وهي ضرور احياء حقوق العباد لانه بما يغيب نفسه فيتوى حق صاحب الحق وعن المجاورة أنهم جوزوا والكفالة بالنفس (قوله اما حقيقة) كبنفسه وجسده وبدنه أو عرفاً كفاي بر وجهه أو برأسه أو بوجهه (قوله لانه نص صريح بموجبه) أي موجب عقد الكفالة لانه يصير به ضامناً للتسليم والعقد ينعقد بالنص صريح بموجبه كعقد البيع ينعقد بلفظ التمسك الكل العيال قال الله تعالى وهو كل على مولاه والجمع الكول والكل البيت أيضاً والمراد ههنا

وبرقبته فان كلا منها مخصوص ببعض خاص فلا يشمل الكل حقيقة لكنه يشمله بطريق العرف وكذا اذا عبر بجزء شائع كنصف أو ثلث لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تختزأ فكان ذكر بعضها شائعاً كذكر كلها كما مر في الطلاق من صحة اضافته اليه بخلاف ما اذا قال تكفلت ببدن فلان أو بوجهه لأنه لا يعبر به عما عن البدن حتى لا تصح إضافة الطلاق اليهما وكذا تنعقد اذا قال ضمنته لانه صريح بموجب عقد الكفالة وكذا اذا قال على لانه صيغة الالتزام وكذا اذا قال الى لانه في معنى على في هذا المقام قال صلى الله عليه وسلم من ترك ما لا فلو رثته ومن ترك كلا أو عيالاً والى والى الكل اليتيم والعيال من يقول أي ينفق عليه ويجوز أن يكون عطاف تفسير فيكون المراد بهما العيال وكذا اذا قال أنا زعيم لان الزعامة هي الكفالة وقد روي نافيها أو قبيل لان القبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصل قبالة بخلاف ما اذا قال أنا ضامن لك اعرفة فلان لانه التزام المعرفة دون المطالبة وذكر في المنتقى

قال

انه اذا قال أنا ضامن لك اعرفة فلان فهو كفالة على قول أبي يوسف وعلى هذا معاملة الناس

(قوله وكذا اذا عبر الخ) أقول في صحة عطافه تأمل قال المصنف (لانه لا يعبر به عما عن البدن) أقول لاحقيقة قولاعرف فلا يرد النقض بمثل قوله تعالى تتبدا أي الهب

قال المصنف (فإن شرط في السكفالة إلى قوله في ذلك الوقت) أقول لا قبله، كفي الدين المؤجل فقوله في، لا يجوز أن يكون من باب التنزيح قوله وقال بعضهم لا يلتفت إلى قول السكفيل) أقول وعمل القضاة اليوم على هذا

قال (واذا أحضره وسلم في مكان الخ) اذا أحضر الكفيل المكفول بنفسه وسلم في مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه مثل أن يكون في مصر برئ الكفيل لان المقصود بالكفالة بالنفس هو المحاكمة عند القاضي فإذا سلم في مثل ذلك المكان حصل المقصود فبرئ الكفيل لانه ما التزم التسليم الامرة واحدة وقد حصل ذلك بما قلنا وان كفل على أن يسلم في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود وهو القدرة على المحاكمة وقال شمس الأئمة السرخسي (٢٨٨) المتأخرون من مشايخنا قالوا هذا بناء على عادتهم في ذلك الوقت أما في زماننا اذا

قال (وكذا اذا ارتدوا والعباد بانه ولحق بدار الحرب) وهذا لانه عاجز في المدة فينظر كالذي أعسر ولو سلمه قبل ذلك برئ لان الاجل حقه فذلك اسقاطه كافي الدين المؤجل قال (واذا أحضره وسلم في مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه فيه مثل أن يكون في مصر برئ الكفيل من الكفالة) لانه أتى بما التزمه وحصل المقصود به وهذا لانه ما التزم التسليم الامرة قال (واذا كفل على أن يسلم في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ) لحصول المقصود وقيل في زماننا لا يبرأ لان الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الاحضار والتقييد بمجلس القاضي مفيد وان سلمه في برية لم يبرأ لعدم المقصود وهو القدرة على المحاكمة وكذا اذا سلم في سواد اعدم قاض يفصل الحكم وان سلمه في مصر غير مصر الذي كفل فيه برئ عند أبي حنيفة فترجه الله للقدرة على الخصامه فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد يكون شهوده فيمأينه فالتسليم لا يقيد المقصود والجواب ان شهوده كما يتوهم أن يكون فيها عينه يتوهم أن يكون فيها سلمه فيه فتعارض الموهومان وبقي التسليم متصفا من الكفيل على الوجه الذي التزمه فيبرأ وهذا لان الاعتبار بكنهه من أن يحضره مجلس القاضي اما لثبت الحق عليه أو يأخذ منه كفيلا وقد حصل وقيل هذا اختلاف عصر وأوان فان أبا حنيفة رحمه الله كان في القرن الثاني

ويؤمر الكفيل بالذهاب اليه لان الظاهر شاهد له وان لم يكن ذلك فاقول للكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة وقيل لا يلتفت الى قول الكفيل ويجبس حتى يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه بالضممان فلا يصدق في دعوى ما يسهطها فان أقام الطالب بينة أنه في موضع كذا يؤمر الكفيل بالذهاب اليه وفي بعض النسخ قوله (وكذا اذا ارتدوا ولحق بدار الحرب) يعني عمله الحاكم مدة ذهابه الى دار الحرب ان كان بيننا وبينهم موادة فان لم يكن لا يؤخذ الكفيل للعجز عنه والحق وان كان موافق وحكمي في ماله لا يعطى الاقرب اليه أما حقوق العباد فبأنسبة على حالها ولا يفصل في المذهب بين المسافة البعيدة والقريبة للاسافعية فيما اذا كانت مسافة القصر وجهان أحدهما لا يسقط الطلب كما هو فيما دونها والثاني يسقط الحاقا بالغلبة المنقطعة (قوله) واذا أحضره وسلم اليه في مكان يقدر المكفول له (على) أن يخاصمه مثل أن يكون في مصر (من الامصار) برئ الكفيل من الكفالة) سواء قبله الطالب أو لا كما رويون اذا جاء بالدين فوضعه بين يدي الطالب (وهذا لانه ما التزم التسليم) بالكفالة (الامرة) وقد حصلت ثم الشرط ذهابه ومجيئه) ويستتق منه بكفيل هذا اذا عرف مكانه وان لم يعرف مكانه واتفق الطالب والكفيل على ذلك سقطت المطالبة عن الكفيل للحال الى أن يعرف مكانه لانهم ما تصادقا على عجزه عن التسليم للحال وان وقع الاختلاف بين الطالب والكفيل فقال الكفيل لا أعرف مكانه وقال الطالب تعرف مكانه فان كانت له خرجة معروفة يخرج الى موضع معلوم للتجارة في كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع لان الظاهر شاهد للمدعي وان لم يكن ذلك معروفا منه فالقول قول الكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة اياه والطالب يدعيه وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل ويجبس القاضي الى أن يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدق في اسقاطها عن نفسه بما يقول فان أقام الطالب بينة أنه في موضع كذا أمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع واحضاره اعتبارا للثابت بالبينة بالثابت معاينة وكذا اذا ارتدوا ولحق بدار الحرب لا يسقط الكفيل عن الكفالة بل عمله القاضي مدة ذهابه ومجيئه لان لحاقه بدار الحرب كونه حكما في قسمة ماله بين ورثته فاما في حق نفسه فهو مطالب بالتوبة والرجوع وتسليم النفس الى الخصم فيبقى الكفيل على كفالته * وفي الذخيرة اذا لحق المكفول بنفسه بدار الحرب ان كان الكفيل قادرا على رده بان كان بيننا وبين أهل الحرب موادة فان من لحق بهم مرتدا وردوهم علينا اذا طلبنا عمل قدر الذهاب والمجيء وان لم يكن قادرا على رده بان لم يتقدم موادة على الوجه الذي قلنا فالكفيل لا يؤخذ به (قوله) لحصول المقصود) اذا المقصود من التسليم في مجلس الحاكم مكان الخصومة واستخراج الحق باثبات

وقدمه رسول الله صلى الله عليه وسلم لاهله بالصدق فكانت الغلبة لاهل السلاح والقضاء لا يرغبون الى الرشوة وعامل (وان كل مصر منقاد لامر الخليفة لا يقع التفاوت بالتسليم اليه في ذلك المصرا وفي مصر آخر ثم تغير الحال بعد ذلك في زمن أبي يوسف ومحمد جوه الله فظهر الفساد والميل من القضاة الى أخذ الرشوة ففقد التسليم بالمصر الذي كفل له فيه ففعل للضرر عن الطالب ولو سلمه في السجن فان كان الحابس هو الطالب برئ وان كان غيره لم يبرأ لانه لم يقدر على المحاكمة فبؤذ كرفي الواقعة على رجل كفل بنفسه رجل وهو مجوس فلم يقدر أن يأتي به (قوله) فتعارض الموهومان) أقول فيه بحث لان الظاهر هو كونهم في مكان التكفيل بحكم الاستصحاب فلا تعارض

(وان

وقدمه رسول الله صلى الله عليه وسلم لاهله بالصدق فكانت الغلبة لاهل السلاح والقضاء لا يرغبون الى الرشوة وعامل (وان كل مصر منقاد لامر الخليفة لا يقع التفاوت بالتسليم اليه في ذلك المصرا وفي مصر آخر ثم تغير الحال بعد ذلك في زمن أبي يوسف ومحمد جوه الله فظهر الفساد والميل من القضاة الى أخذ الرشوة ففقد التسليم بالمصر الذي كفل له فيه ففعل للضرر عن الطالب ولو سلمه في السجن فان كان الحابس هو الطالب برئ وان كان غيره لم يبرأ لانه لم يقدر على المحاكمة فبؤذ كرفي الواقعة على رجل كفل بنفسه رجل وهو مجوس فلم يقدر أن يأتي به

(قوله) فتعارض الموهومان) أقول فيه بحث لان الظاهر هو كونهم في مكان التكفيل بحكم الاستصحاب فلا تعارض

الكفيل لا يجبس الكفيل
لأنه عجز عن احضاره ولو
كفل به وهو مطلق ثم جبس
جبس الكفيل حتى يأتي
به لأنه حال ما كفل قادر على
الاثبات به قال (واذا مات
المكفول به برئ الكفيل
من الكفالة بالنفس) بقاء
الكفالة بالنفس ببقاء
الكفيل والمكفول به
وموتها أو موت أحدهما
مسقط لهما أما اذا مات
المكفول به فلا ن الكفيل
عجز عن احضاره ولأنه سقط
الحضور عن الاصيل فيسقط
الحضار عن الكفيل وأما
اذا مات الكفيل فلا نه عجز
عن تسليم المكفول بنفسه
لأنه كان قبل فلو دالدين
من ماله أجباب ماله لا يصلح
لا بقاء هذا الواجب وهو
احضار المكفول به وتسليمه
الى المكفول له لاصالة وهو
ظاهر لأنه لم يلزم المال
ولانابة لأنه لا ينوب عن
النفس بخلاف الكفيل
بالمال فان الكفالة لا تبطل
بموته لأن ماله يصلح نائباً
المقصود ببقاء حق المكفول
له بالمال ومال الكفيل
صالح لذلك فيؤخذ من تركته
ثم ترجع وورثته بذلك على
المكفول عنه اذا كانت
الكفالة بأمره كفي حالة الحياة
واذا مات المكفول له فلا وصي
أن يطالب الكفيل ان كان
له وصي وان لم يكن فلو ارثه

(وان سلمه في برية لم يبرأ) لأنه لا يقدر على الخاصة فيها فلم يحصل المقصود وكذا اذا سلمه في سواد لعدم قاض
يفصل الحكم فيه ولو سلم في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند أبي حنيفة لا القدرة على الخاصة فيه
وعندهما لا يبرأ لأنه قد تكون شهوده فيما عينه ويوسمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لأنه لا يقدر
على الخاصة فيه قال (واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة) لأنه عجز عن احضاره ولأنه سقط
الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل لأنه لم يبق قادر على تسليم المكفول
بنفسه وماله لا يصلح لبقاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال ولو مات المكفول له فلا وصي أن يطالب

عندهما أن يكون ذلك المصر هو المصر الذي كفل فيه وعن أبي حنيفة ليس ذلك بشرط وهي المسئلة الأخيرة
من مسائل التسليم ووضعهما هنا أنسب ووجه قوله أنه يثبت بذلك قدرة الخاصة في الجلة وهما يقولان المقصود
من التكفيل بنفسه تحصيله في وقت يقدر فيه على خاصيته وهذا لا يكون ظاهراً الا في مصر لان شهوده ظاهر
فيه لافي غيره من الامصار ولا يفيد التكفيل فائدة المقصودة به وقولهما أوجه وفي الفتاوى القاضى اذا أخذ
كفيلاً من المدعى عليه بنفسه فان الكفيل اذا سلمه الى القاضى أو الى رسوله برئ وان سلم الى المدعى لا وهذا اذا
لم يضاف الكفالة الى المدعى فان أضاف بان قال الكفل للمدعى فالجواب على العكس أما ان عين مجلس القاضى
أو المسجد الجامع فالذهب أنه اذا سلمه في السوق برئ لان المقصود من الكفالة يحصل بذلك وهو قدرة الخاصة
وحين اختلاف الزمان رأى المشايخ أنه لا يبرأ بذلك لان البراءة كانت باعتبار أنه يقدر على ايصاله الى حضرة
القاضى بمعونة الناس وعبار العار بقى الآن لا يقدر ولا يعاينون ان قدر وافكان التقييد مفيد وقد
روى عن أبي يوسف نصاً وقال لان الناس لا يعينونه للاحضار قيل ويجب أن يقضى بهذا ولو شرط تسليمه عند
الامير فسلمه عند القاضى أو عزل ذلك القاضى وولى غيره فدفعه عند الثاني جاز ذكره في الخلاصة (ولو سلمه
في برية أو سواد لا يبرأ) اتفاقاً (ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لأنه لا يقدر على المحاكمة فيه)
وفي المتن قيل كفل بنفسه حبس ينفى للقاضى أن يجزعه حتى يدفعه الكفيل الى المكفول له ثم يعيده
الى السجن ومفهوم قوله وقد حبسه غير الطالب يدل عليه وفي العيون لو ضمن بنفسه رجل حبس المطالب
في السجن فأتى به الذي ضمنه الى مجلس القاضى فدفعه اليه قال محمد لا يبرأ لأنه في السجن ولو ضمنه وهو
في السجن يبرأ ولو دخل عن الحبس ثم حبس ثانياً فدفعه اليه وهو في الحبس ان كان الحبس الثاني من أمور
التجارة ونحوها مع الدفع وان كان في أمر من أمور الساطن لا يبرأ ولو حبس الطالب المطلوب ثم أخذ
الطالب الكفيل فقال ادفعه الى فدفعه وهو في الحبس قال محمد برئ بتسليمه اليه وهو في حبسه ومفهوم هذا
القيس في قول المصنف وقد حبسه غير الطالب ولو قال المطلوب في السجن دفعت بنفسى اليك عن كفالتك كان
جائزاً أيضاً برئ الكفيل وفي الوقعات رجل كفل بنفسه رجل وهو محبوس فلم يقدر أن يأتي به الكفيل
لا يجبس الكفيل لأنه عجز عن احضاره (قوله واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة) لأنه عجز
عن احضاره ولأنه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل) يعنى يبرأ
(لأنه لم يبق قادر على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لبقاء هذا الواجب) الذي هو احضار النفس
(بخلاف الكفيل بالمال) اذا مات فانه يطالب بأداء ما كفل به لان ماله يصلح للوفاء بذلك فبطل البه الوصى
فان لم يكن فالوارث لقيامه مقام الميت وترجع ورثة الكفيل على الاصيل أعني المكفول عنه ان كانت

حقه عليه وهذا الامكان حاصل متى سلمه في مكان آخر من هذا المصر (قوله لأنه قد يكون شهوده فيما عينه)
وذلك القاضى يعرف حادته فلا يبرأ بالتسليم في مصر آخر * قلنا لو عمل شهوده فيما سلمه وهذا القاضى
يعرف حادته فتعارض الموهومان وبقي التسليم سالمين المعارض فيبرأ وهذا اذا لم يشترط التسليم في مصر
كفل فيه وان شرط فلا يبرأ فيه عندهما وعلى قوله اختلاف المشايخ فيسه (قوله لا يقدر على المحاكمة فيه)
لان الغرض من التسليم تمكينه من احضاره بمجلس الحكم ليثبت عليه حقه وذلك لا يتأتى اذا كان محبوساً (قوله

أن يفعل ذلك لقيام كل منهما مقام الميت قال (ومن كفل بنفسه آخرا) (ومن كفل بنفسه آخرا بالاضافة ولم يقل فاذا دفعت اليك فانابريء فدفعه اليه برى لانه يعنى البراءة وذكره لتذكر كبر الخبر وهو الموجب ومعناه الكفالة بالنفس موجهها البراءة عند التسليم وقد وجدوا التنصيص على الموجب عند حصول الموجب ليس بشرط كثبوت الملك بالشراف فانه يثبت بلا شرط لانه موجب التصرف وبكل الاستمتاع فانه يثبت بالذبح الصحيح لكونه موجه وكذا في سائر الموجبات وقال في النهاية لانه موجب التصرف أى لان دفع المكفول به الى المكفول له موجب التصرف الكفالة بالنفس والموجبات تثبت في التصرف بدون ذكرها. ويرى محام ليس بشئ لان الكلام في ان البراءة تحصل بدون التنصيص لادفع المكفول به الى المكفول له قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغیر انما أورد هذا النفي الاشتباه لان تسليم النفس يحتاج اليه وقتا بعد وقت حتى يصل اليه حقه فاعل (٢٩٠) الطالب يقول ما لم أستوف حتى من المطلوب لا يبرأ الكفيل ولكن يقال له قدأوجب

الكفيل فان لم يكن فلوارثه لقيامه مقام الميت قال (ومن كفل بنفسه آخرا ولم يقل فاذا دفعت اليك فانابريء فدفعه اليه فهو رى) لانه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين ولو سلم المكفول به نفسه من كفاله صح

الكفالة بأمره كما في الحياة ولو كان الدين مؤجلا ومات الكفيل قبل الاجل يؤخذ من تركه حلا ولا يرجع ورثته على المكفول عنه الا بعد حلول الاجل لان الاجل باق في حق المكفول عنه لبقاء حاجته اليه وعن زفر لا يحل بموت الكفيل لانه مؤجل على الكفيل أيضا أموالا ومات المكفول له فلا تسقط الكفالة بالنفس كالا تسقط بالمال لان الكفيل موجود على قدرته والوصى أو الوارث يقوم مقام الميت في المطالبة فيطالبه بذلك (قوله ومن كفل بنفسه آخرا ولم يقل فاذا دفعت اليك فانابريء فدفعه اليه فهو رى لانه) أى دفع المطلوب هو (موجب التصرف) يعنى الكفالة فلا يحتاج في ثبوته الى التنصيص عليه كالمالك موجب البيع فيثبت عنده من غير أن يشترط والتحقيق أن موجب الكفالة وجوب الدفع عند المطالبة وجواز عدمها والبراءة موجب الدفع فكانت حكم متعلق موجب الكفالة فاذا وجد وجدت وقد وجد اذ قد فرض الدفع فتثبت من غير حاجة الى اشتراطها وقوله (كفى قضاء الدين) يعنى اذا سلم المسدود الدين للدائن ولا مانع من القبض برى وان لم يقبضه كالمغاصب اذا رد المغصوب على المالك يبرأ مع أنه حان فلهنا أول والبايع اذا سلم المبيع الى المشتري قال الفقيه أبو الليث انما ذكر هذا الدفع توهم أنه يلزم الكفيل تسليمه مرة بعد مرة الى أن يستوفي حقه لان الكفالة ما أريد الائتوث لاستيفاء الحق فسلم يستوفيه يجب عليه تسليمه الى أن يستوفيه فزال هذا الوهم ببيان أن عقد الكفالة توجب التسليم مرة لا بقصد التكرار (قوله ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته) أى من كفالة الكفيل وذلك بان يقول سلمت نفسي أو دفعت نفسي اليك من كفالة فلان (صح)

ولا يشترط قبول الطالب التسليم وفي المبسوط ويستوى ان قبله الطالب لم يقبله لان الكفيل يبرئ نفسه بايحاء عين ما التزم ولا يتوقف ذلك على قبول صاحب الحق كالمدين اذا جاء بالدين فوضعه بين يدي الطالب وهذا لانه لو توقف على قبول الطالب تضرر به من عليه فانه يمتنع من ذلك ايحاء لحقه والضرر مدفوع بحسب الامكان ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته أى من كفالة الكفيل صح وفي المبسوط واذا دفع المكفول به نفسه الى الطالب وقال دفعت نفسي اليك من كفالة فلان يبرئ الكفيل لانه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع أى دفع الخصومة فلا يكون في تسليم نفسه الى الطالب متبرعا كالخيل اذا قضى الدين فلذلك صح

على نفسه التسليم ولم يذكر التكرار اذا وجد التسليم ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين لان الكفيل يبرئ نفسه بايحاء عين ما التزم فلا يتوقف على قبول صاحبه فلو توقف لم يمتنع عن ذلك ابقاء لمحق نفسه فيضرر به الكفيل والضرر مدفوع بقدر الامكان ولو سلم الاصل نفسه عن كفالته أى كفالة الكفيل وقال دفعت اليك نفسي من كفالة فلان يبرئ الكفيل وصار كتسليمه الكفيل لان المكفول به مطالب بالخصومة وفي بعض النسخ بالحضور من جهة الكفيل اذا طوبى به فهو يبرئ نفسه عن ذلك بهذا التسليم لكن اذا قال دفعت نفسي من كفالة فلان لان تسليم النفس على المكفول به واجب من جهتين

جهة نفسه ومن جهة الكفيل فلم يصرح بقوله من كفالة فلان لم يقع التسليم من جهة الكفيل فلا يبرأ وعلى هذا اذا ذكر في النهاية من قوله لانه مطالب بالخصومة أى لان المكفول به مطالب بالحضور فلا يكون تسليم نفسه الى الطالب متبرعا فيه نظر لانه لا يلزم من انتفاء التبرع وقوعه عن الكفيل لبرأ به لان جهة أخرى كما بينا ولا يستلزم أن يبرأ الكفيل وان لم يتل عن كفالة فلان وهو بخلاف ما في المبسوط والشامل وغيرهما وتسليم وكيل الكفيل ورسوله لقيامهما مقامه كتسليمه قال (وان تكفل بنفسه على انه ان لم يوف به الى وقت كذا الخ) رجل قال ان لم أوف بفلان الى شهر فهو ضامن لماعليه وهو ألف فلم يحضره في الوقت انذ كور ضمن المال وافاه أى آناه من الوفاء وقيد بقوله لماعليه وهو مقيدل لانه ان لم يقاله لم يلزم الكفيل شئ عند عدم الموافقة على قول محمد خلافا لهما وبقوله وهو ألف وهو غير مقيدل لانه اذا قال فعلى ما لا عليه ولم يسم الكمية جاز لان جهة المكفول به لا تمتنع صحة الكفالة لا بتمامها على التوسع (قوله فيه نظر لانه لا يلزم من انتفاء التبرع الخ) أقول فيه تأمل ثم ان الضمير في قوله فيه نظر راجع الى ما في قوله فاذ ذكر في النهاية

وليد الزوال قال كملت لك بما أدركت في هذه الجارية التي اشترى بها من ذلك صحت وكذلك الكفالة بالشبهة صححت مع انهم لم تعلم هل تبلغ النفس
أولاً ثم الحكم في هذه المسئلة شيان أحدهما صحة الكفالة وفيه خلاف الشافعي رحمه الله والثاني عدم بطلان الكفالة بالنفس عند أدائه
ما تكفل به من المال بعد وجود الشرط والدليل على الاول قوله لان الكفالة بالمال يعني في هذه الصورة معلقة بشرط عدم الموافقة وهو ظاهر
اتصريحه بذلك كراهة الشرط وهذا التعليق يريد به تعليق الكفالة بالمال بعدم (٢٩١) الموافقة صحيح لانه شرط متعارف وسنذكر

ان تعليق الكفالة بشرط
متعارف صحيح فاذا صح
التعليق ووجد الشرط
لزمه المال وعلى الثاني قوله
لان وجوب المال عليه
بالكفالة لا ينافي الكفالة
بنفسه وتقرر براءة الكفالة
بالنفس لما تحققت حقاً
للمكفول له لا تبطل الا بما
ينافيها من التسليم أو إقراره
أو موت وليست الكفالة
بالمال منافية لهسما
لا اجتماعهما ولا ان كلاهما
للتوثق فلا تبطلها وكيف
تبطلها وقد يكون له عليه
مطالبات أخرى وبطلانها
يفضي الى الضرر بالمكفول
له وهو مسدود وعورض
بان الكفالة بالمال تثبت
بدلاً عن الكفالة بالنفس
وجوب البديل ينافي
وجوب البديل منه كما في
خصال الكفارة وأجيب
بان بدليتها ممنوعة فان كل
واحد منهما مشروع للتوثق
كما في ككفالة بالنفس بعد
مثلها وبان اجتماعهما
صحيح والوفاء بهما اذ ذلك
واجب بخلاف خصال
الكفارة على الصحيح وقال
الشافعي هذه الكفالة أي
المعلقة بالشرط لا تصح لانه

لانه مطالب بالخصوصية فكان له ولاية الدفع وكذا اذا سلمه اليه وكيل الكفيل أو رسوله لقيامهما مقامه قال
(فان تكفل بنفسه على انه ان لم يوف به الى وقت كذا فهو ضامن لماعليه وهو ألف فلم يحضره الى ذلك الوقت
لزمه ضمان المال) لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافقة وهذا التعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه
المال (ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس) لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل واحد
منهما للتوثق وقال الشافعي لا تصح هذه الكفالة لانه تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبهه البيوع ولنا انه
يشبه البيوع ويشبه النذر من حيث انه التزام فقلنا لا يصح تعليقه بطلاق الشرط كهبوب الرج ونحوه ويصح
بشرط متعارف عملاً بالشبهين والتعليق بعدم الموافقات متعارف

عن كفالته فيبرأ الكفيل بذلك قال شمس الأئمة لا نعلم فيه خلافاً قال المصنف (لانه) أي المكفول
(مطالب بالخصوصية) وفي بعض النسخ مطالب بالحضور يعني اذا طالب الكفيل فكان بتسليمه نفسه على
هذا الوجه مسدوداً لذلك عن نفسه اذا طالبه بمجمل الدين الذي عليه فلا يكون متبرعاً كالخيل اذا قضى الدين
بنفسه يصح قبل الطالب أو لم يقبله (وكذا اذا سلمه رسول الكفيل أو وكيله لقيامهما مقامه) يعني اذا قال
سلمت اليك نفسه عن الكفيل بخلاف ما اذا لم يقل ذلك بل سلم نفسه ولم يرد على ذلك أو سلمه الوكيل ولم يقبل
ما ذكرنا لا يبرأ الكفيل ولو سلمه أجنبي لا يبرأ الكفيل عن الكفيل لا يبرأ الكفيل بذلك الا ان يقبله الطالب
فيبرأ الكفيل حينئذ بخلاف ما لو سلمت الطالب فلم يقبل شيلاً يبرأ (قوله فان تكفل بنفسه على انه ان لم
يوف به الى وقت كذا فهو ضامن لماعليه وهو ألف فلم يحضره الى ذلك الوقت فهو ضامن) للآلف لان
الكفالة بالمال في هذا (معلقة بشرط عدم الموافقة وهذا تعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ
عن الكفالة بالنفس لان وجوب المال عليه بالكفالة) المعلقة (لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل منهما للتوثق)
واعلم بطالبه بحق آخر فهذا مطلبان أما الاول فخالف فيه الشافعي فقال لا تصح هذه الكفالة (لانه) أي
لان تعليق الكفالة (تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبهه البيوع) فكما لا يجوز تعليق البيوع
كأن يقول اذا دخلت الدار فقد بعثت كذا بما تفتقر الى استحقاق البيوع عند الدخول كذلك هذا
(ولنا انه) أي عقد الكفالة (يشبه البيوع) في الانتهاء من حيث ان الكفيل بالامر يرجع على
المكفول عنه بما أدى فصار كالمعاوضة (ويشبه النذر) ابتداء (من حيث انه) تبرع في الابتداء
(بالتزام) المال فبالنظر الى الشبه الاول فقط لا يصح تعليقه وبالنظر الى الثاني فقط يجوز مطلقاً فان
النذر يصح تعليقه مطاعاً فقلنا بالشبهين (فقلنا ان كان) التعليق (بشرط متعارف) بين الناس أي
تعارفوا تعليقه به (صح عملاً بشبه النذر وان كان بغير متعارف) كدخول الدار (هبوب الرج ونحوه
لا يجوز عملاً بشبه البيوع والتعليق بعدم الموافقة متعارف) ثم ذكر خصوص الكفالة في صورة المسئلة

تسليم نفسه قبل الطالب أو لم يقبل (قوله فان تكفل بنفسه على انه ان لم يوف به الى وقت كذا فهو ضامن
لماعليه وهو ألف) فالتقييد بقوله لماعليه معقيد لانه اذا لم يقل لماعليه لا يلزم على الكفيل شيء عند محذور وجه الله
وأما التقييد بقوله وهو ألف فلا يقيسد (قوله وهذا التعليق صحيح) لانه تعليق بشرط متعارف لتعامل
الناس اياه وان كان القياس يأباه بالتعامل بترك القياس في البيوع كالأشترى نفعاً على ان يحذره البائع

أي تعليق الكفالة تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبهه البيوع في لزوم نفي المال بالعوض بالرجوع على الاصيل اذا كان بامره وتعليق سبب
وجوب المال بالخطر في البيوع لا يجوز فكذا ههنا والجواب اننا نسلم ان فيه تعليق سبب وجوب المال بالخطر لان الكفالة عندنا التزام المطالبة
لا التزام المال سلمناه ولكن أشبه البيوع مطلقاً ومن وجهه الاول ومن وجهه الثاني بعد المطالبة لانه يشبه البيوع من وجهه كالمرو يشبه النذر من
قال المصنف (ولنا انه يشبه البيوع ويشبه النذر الخ) أقول تعليق النذر بالشرط صحيح قال في البدائع اذا قال ان كملت فلانا فعلى أنه

قال (ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن المال) لتحقيق الشرط وهو عدم الموافقة

وهي الالف اتفاهي في التصو برهان الكفالة لا تنوقف صحته على معلومية القدر المكفول به بل لا تضره جهالة المكفول به لو قال كفلت لك بمال علي مع ومهما ثبت بالبينة انه عليه لزمه وأما الثاني فقد نقل عن الشافعي عدم صحة الكفالتين وهو على خلاف الصحيح عنه بل الكفالة بالنفس جائزة فالتصحيح الكفالة الثانية للتعليق وأما ثبوت صحتهما فلا مقتضى وهو الكفالة بالنفس أولاً ثم الكفالة بالمال ثانياً معلقة وقد وجد الشرط فصحت كفتالتان متعددتا الموجب لان موجب تلك تسليم النفس وموجب الاخرى تسليم المال وليس اسقاط أحدهما مسقطاً للآخر بل هو أن يكون له مال آخر يدعى به غير المال الذي كفل به معلقاً وليس في اللفظ ما يوجب أن التزام الكفالتين على البديل الاول كانت العبارة كفلت بنفسه على أن لم يواف به الى كذا كنت كفلاً بما عليه بدل بنفسه ولم يذ كر كذا بل اللفظ على ثبوت الكفالة بالنفس منجزاً بقوله كفلت بنفسه وعلى تعليق كفالة أخرى بالمال بعدم الموافقة به وقد وجد الشرط فتثبت الكفالتان ولا يخفى حينئذ انه لو كانت المعلقة بماله عليه بان كفل بنفسه على أنه ان لم يواف به الى كذا فهو كفيل بكل مال عليه ينبغي أنه اذا ثبت له عليه مال فدفعه ثم اعترف بأنه لم يبق له قبله حق أن تبطل الكفالة بالنفس حينئذ ولو توارى المكفول له عند مجيء الوقت فلم يجد الكفيل ليدفعه اليه وناف لزم المال عليه برفع أمره الى القاضي لينصب وكفلاً فيسلمه اليه وعلى هذا لو باع على أن المشتري بالخيار ثلاثة أيام فتوارى حتى كادت تضي رفع المشتري الى القاضي لينصب وكفلاً عن الغائب ورد عليه قال الفقيه أبو الليث هذا خلاف قول أصحابنا وانما روى في بعض الروايات عن أبي يوسف ولو فعله القاضي فهو حسن ذكره في الخلاصة وفيها كفيل بنفس رجل على أنه ان لم يواف به غدا فالمال الذي للطالب على فلان رجل آخر وهو كذا على الكفيل جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف الاول وهما ثلاث مسائل احدها أن يكون الطالب والمطلوب واحداً في الكفالتين وأنه جائز استحساناً والثانية أن يكون الطالب مختلفاً فيهما فبطل الكفالة بالمال سواء كان المطلوب واحداً أو اثنين وان كان الطالب واحداً والمطلوب اثنين فهو مختلف فيه ولو كفل بنفسه الى غدا فان لم يواف به غدا في المجلس مثلاً فعليه المال الذي عليه واشترط الكفيل على الطالب ان لم يواف غدا التقبضه متى فأنارى عنه فالتقيا بعد الغد فقال الكفيل قد وافيت وقال الطالب قد وافيت ولم يواف أنت لم يصدق واحداً منهما فلو أقام المطالب بينة على الموافقة برئ من الكفالتين وكما كفل على انه ان لم يواف به فعليه المال فادعى الكفيل أنه وافي به لا يصدق ولو كفل بنفسه وقال فان غاب فلم أوفك به فأنامض من لم عليه فهذا على أن يوافيه بعد الغيبة (قوله ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه) يعني بعد الغد (ضمن المال) للمكفول

مع ان بابه أضيق من الكفالة فلان يترك هنا باباً أوسع أولى وقال الشافعي رحمه الله لا تصح هذه الكفالة أي الكفالة بالمال لانها سبب وجوب المال وتعليق سبب وجوب المال بالانحطاط لا يصح كالبيع ولا تصح الكفالة بالنفس أيضاً عند فلا تصح الكفالتان ولنا ان الكفالة بالمال تشبه النذر ابتداء باعتبار التزام المال وتشبه البيع انتهاء لان الكفيل يرجع على الاصيل بما أدى عنه فكان مبادلة المال بالمال فقلنا لا يصح تعليقه بطلاق الشرط كهبوب الرايح ومجى المطر ويصح بشرط متعارف بمسألة الشبهين ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقيق الشرط وهو عدم الموافقة فان قيل شرط الكفالة بالمال عند عدم الموافقة بالنفس بقاء الكفالة بالنفس على حالها ولهذا لو أبرأ الكفيل الطالب عن الكفالة بالنفس قبل انقضاء المدة في هذه المسألة لا يلزم الكفيل شيء لان الابراء انفسخت الكفالة فلم يتحقق عدم الموافقة حال بقاء الكفالة بالنفس فكذلك ههنا انفسخت الكفالة بموت المكفول به لان الكفالة بالنفس تبطل بموت المكفول به فصار نظير الابراء فلا يلزمه المال قلنا الابراء وضع

حيث الالتزام فشمه البيع يقتضى أن لا يجوز التعليق بالشرط كما هو شبه النذر يقتضى جواز ذلك وأما الشبهين أولى فقلنا لا يصح تعليقه بشرط غير متعارف كهبوب الریح ونحوه ويصح بشرط متعارف بمسألة الشبهين والتعليق بعدم الموافقة متعارف فان الناس تعارفوا تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافقة بالنفس ورضيتهم في ذلك أكثر من رضيتهم في مجرد الكفالة بالنفس قال (ومن كفل بنفس رجل الخ) ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقيق الشرط وهو عدم الموافقة

أنتدق بهذه الدراهم حكيم فلانا وجب عليه أن يتصدق بها انتهى

وهذه مسئلة الجامع الصغير فهي وان وافقت مسئلة القدوري المذكورة في ان في كل منهما وجب المال بعدم الموافقة بالشرط لكنها عدمها ههنا بالموت وفيما تقدمت بغيره فذكرها بيا بالعدم التفرقة بين عدم الموافقة بالموت وبغيره وفيه شبهة قوية وهي أن الكفالة بالنفس اذا سقطت وجب أن يسقط ما يترتب عليها من الكفالة بالمال لكونها كالنكاح كيدلها اليست مقصودة ولهذا اذا وافى بالنفس لم يلزمه المال وقد سقطت اذا سقطت الاولى بالابراء فيجب أن تسقط فيما نحن فيه لان الاولى سقطت بالموت لما تقدم ان الكفيل بالنفس يبرأ بموت المكفول به والا لزم أن يكون ما فرضناه تأكيداً لا بغيره مقصوداً بالذات وذلك خلف باطل وأجاب الامام طهير الدين رحمه الله في فوائده بان الابراء وضع لفسخ الكفالة والموت لم يوضع له فبالابراء تنفسخ الكفالة من كل وجهه وبالموت يفسخ فيما يرجع الى (٢٩٣) المطالبة بتسليم النفس ضرورة يجوز الكفيل عن التسليم المستحق

بعدم التسليم المستحق بعدد الكفالة لان المستحق به تسليم يقع ذريعه الى الخصام وهو عاجز عن مثل هذا التسليم ولا ضرورة الى القول بانفساخها في حق الكفالة بالمال لان عدم الموافقة مع العجز عن تسليم النفس يتحقق هذا ما ذكره ولا يلزم ضرورة التأكيد مقصود الان المؤكداً لم يسقط بالنسبة اليه فهو تأكيد كما كان فان قيل اذن يتضرر الكفيل وهو مدفوع قلنا الاتزامي منه غير مدفوع وقد التزم حيث يتقن باحتمال الموت ولم يستثن فان قيل ترك الاستثناء طناً منه ان بالموت تنفسخ الكفالة بالنفس فكذا ما يترتب عليها قلنا دعوى منه على خلاف لفظه طلاق في أن لم يوافق فلا يفيد في اضراره

قال (ومن ادعى على آخر مائة دينار الخ) ومن ادعى على آخر مائة دينار وبينها بانها جديده أو رديئة هندية أو مصرية أو لم يبينها حتى تسكفل بنفسه رجل على أنه ان لم يوافق به غدا فعليه المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف آخره قال محمد ان لم يبينها حتى تسكفل به ثم ادعى بعد الكفالة مائة موصوفة بصفة لا تسمع دعواه فلا يقدر المدعي على مطالبة الكفيل بالكفالة وذلك لوجهين أحدهما ان الكفيل علق في كفالة مائة موصوفة بصفة لا تسمع دعواه فلا يقدر المدعي على مطالبة الكفيل وهو عدم الموافقة بالموت عليه غدا ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وان يبينها لا يحتمل أنه لم يلتزم المال الذي هو على المدعي عليه بل التزم ما التزمه على وجه الرشوة ليرتله المدعي عليه في الحال وهذا الوجه منسوب الى الشيخ الامام أبي منصور المازني وهو كذا في مقتضى أن لا تصح الكفالة وان بين المال وبه صرح المصنف

قال (ومن ادعى على آخر مائة دينار بينها أول يبينها حتى تسكفل بنفسه رجل على أنه ان لم يوافق به غدا فعليه المائة فلم يوافق به غدا فعليه المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ان لم يبينها حتى تسكفل به رجل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت الى دعواه)

له ورجع على ورثة المكفول به ان كانت الكفالة باذنه فان قيل ينبغي أن لا يجب المال اذا مات المكفول به لأن شرط صحة هذه الكفالة بالمال بقاء الكفالة بالنفس وهي قد زالت بموت المكفول به على ما عرف وصار كالوفاة بالمكفول له الكفيل عن الكفالة بالنفس قبل الوقت أوجب بالفرق بان الابراء وضع لفسخ الكفالة فتفسخ من كل وجه بخلاف الانفساخ بالموت انما هو ضرورة العجز عن التسليم المفسدة فتصير اذا لا ضرورة الى تعدد الكفالة بالمال وأما جواب المحبوب والمبسوط بان تصحيحها بطريق التقديم والتأخير بان يجعل كفل بالمال للمحال ثم علق ابراءه بعدم الموافقة فنزول عن الظاهر احتياطاً لا يجب المال لتحقيق الشرط وهو عدم الموافقة ولم يذكر في أكثر نسخ الجامع الصغير لفظ الغد ولهذا لم يذكره غير الاسلام والصدر الشهيد وقاضيان فيثبت الفرق بين مسئلة الجامع والقدوري بان هذه مطلقة وتلك مقيدة بالوقت فلذا ذكرها المصنف والوجه أن هذه تفيد فائدة أخرى وهي أن عدم الموافقة اذا كان العجز الموت لا أثر له ويثبت عنده الضمان وانما كان يتوهم أن العجز الموجب لعدم الموافقة يكون عن تقصير من الكفيل بخلاف موت المكفول عنه لانه غالب عن ذلك باسرها ولا حيلة له في دفعه ولا تقصير منه فيه والافكون تلك مقيدة وهذه مطلقة لا يفيد عدم معرفتهم هذه اذ قد عرف أن المداور وجود الشرط والفرق بين المقيد والمطلق فيه هذا اذا مات المكفول به فلو مات الكفيل قبل مجيئ الوقت هل يجب المال ديناً في تركته اذا مضى الوقت قال طهير الدين في الاصل اشارة الى انه يجب فانه قال ان وافى ورثة الكفيل بالمكفول به الطالب قبل انقضاء المدة لا يلزم الكفيل المال وان أبي القبول يجبر عليه لان لهم حقاً في ذلك وهو أن لا يلزمهم المال عند انقضاء المدة (قوله ومن ادعى على آخر الخ) مصورها في الجامع محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل لزم

الفسخ الكفالة والموت لم يوضع له فبالابراء تنفسخ الكفالة من كل وجهه وبالموت تنفسخ فيما يرجع الى المطالبة بالنفس ولا ضرورة الى القول بانفساخها في حق الكفالة بالمال لان عدم الموافقة مع العجز عن تسليم النفس يتحقق والشرط عدم الموافقة مطلقاً هذا اذا مات المكفول به فان مات الكفيل قبل انقضاء المدة هل يجب المال ديناً في تركته الكفيل اذا مضت المدة في الاصل اشارة الى انه يجب فانه قال ان وافى ورثة الكفيل بالمكفول به الطالب قبل انقضاء المدة لا يلزم الكفيل المال وان أبي القبول يجبر عليه لان لهم حقاً في ذلك وهو انه لا يلزمهم المال عند انقضاء المدة (قوله ومن ادعى على آخر مائة دينار وبينها) أي بين صفتها بانها جديدة أو رديئة أو مصرية أو لم يبينها حتى تسكفل بنفسه رجل على أنه ان لم يوافق به غدا فعليه المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف آخره قال محمد ان لم يبينها حتى تسكفل به ثم ادعى بعد الكفالة مائة موصوفة بصفة لا تسمع دعواه فلا يقدر المدعي على مطالبة الكفيل بالكفالة وذلك لوجهين أحدهما ان الكفيل علق في كفالة مائة موصوفة بصفة لا تسمع دعواه فلا يقدر المدعي على مطالبة الكفيل وهو عدم الموافقة بالموت عليه غدا ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وان يبينها لا يحتمل أنه لم يلتزم المال الذي هو على المدعي عليه بل التزم ما التزمه على وجه الرشوة ليرتله المدعي عليه في الحال وهذا الوجه منسوب الى الشيخ الامام أبي منصور المازني وهو كذا في مقتضى أن لا تصح الكفالة

وان بين المال وبه صرح المصنف

لانه علق مالا مطلقا بخاطر ألا يرى أنه لم ينسبه الى ماعليه ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وان بينها ولانه لم تصح الدعوى من غير بيان فلا يجب احضار النفس واذا لم يجب لا تصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لانه بناء عليه بخلاف ماذا بين ولهما أن المال ذكر معرفا فينصرف الى ماعليه والعادة حوت بالاجمال في الدعوى فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان باصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها الثانية

رجلا وادعى عليه مائة دينار فبينها أولم يبينها أولم يدين مائة دينار فقال له رجل دعه وأما كفيل بنفسه الى غدا فان لم يوافك به غدا فعلى مائة دينار فرضي بذلك فلم يوافق به غدا قال عليه المائة الدينار في الوجهين جميعا اذا ادعى ذلك صاحب الحق أنه له وهذا قول أبي يوسف وقال محمدان ادعى ولم يبينها حتى كفله بالمائة دينار أو ادعاه بعد ذلك لم يفت الى دعواه وأراد بالوجهين ماذا بينهما أي ذكر انهما جيدة أو رديئة أو وسطا ونحو ذلك أولم يذكر كذا قبل والا فودان براد بالوجهين ما اذا ادعى المائة عينا أو لا وما اذا لم يدع شيئا حتى كفله ثم ادعى المقدار الذي ساه الكفيل لمحمد وجهان أحدهما أنه علق التزام مال مطلق بخاطر هو وعدم الموافقة اذ لم ينسب المائة الى ماعليه هو رشوة على أن يترك المطالب في الحال فلا يصح التزام هذا المال أو كلامه يحتمل ذلك كجهته على ما يدعيه فلا يثبت ذلك بالشك وعلى هذا الوجه عول أبو منصور المساتري وهذا الوجه لا يمنع صحة الكفالة بالنفس الثانية أن الكفالة بالنفس باطلة لان صحتها موقوفة على صحة الدعوى (ولم تصح) مع جهالة المدعي به (من غير بيان فلم يجب احضار النفس فلم تصح الكفالة بالنفس فلم تصح بالمال لانه بناء عليه) واذا لم تصح الاولى لم تصح الثانية وعلى هذا الوجه عول الكرخي وهو مبطل للكفالتين قال المصنف (ولهما أن المال ذكر معرفا فينصرف الى ماعليه والعادة حوت بالاجمال في الدعوى) قبل الحضور الى مجلس القاضي احتراز عن حيل الخصوم ثم يقع البيان فيه (فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها) صحة (الثانية) ونحن قدأ بمعناك عبارة الجامع الصغير والمال منكرفيه حيث قال فعلى مائة دينار وكذا ذكر غير واحد وكذا في المبسوط فالوجه أن يترك المقدمة الاولى ويقال انه اذا ظهرت الدعوى بالف ظهر انه أراد الالف التي سبدها احكامنا بان الكفيل كان يدري خصوص دعواه تصحها الكلام العاقل ما أمكن فتصح الكفالة حين تقع على اعتبار بيان الدعوى بذلك القدر وحاصل هذا أنا لا نتحكم حال صدور رها بالفساد بل الامر موقوف على ظهور والدعوى بذلك القدر فاذا ظهرت ظهر أنه انما كفله بالالف المدعي به وفي الخلاصة قال اذا كفله بنفسه رجل على أنه ان لم يوافق به غدا فعليه ألف درهم ولم يقل التي عليه فغضى غد ولم يوافق به وفلان يقول لاشي على والطالب يدعي ألفا والكفيل ينكر وجوبه على الاصيل فعلى الكفيل ألف درهم عند أبي حنيفة وأبي يوسف الاول وفي قوله الآخر وهو قول محمد لاشي عليه وهذا يقتضي أن الاصل انما يدين بغيره ويسقطها ان الالف تجب على الكفيل بمجرد دعوى

ادعى مائة دينار أولم يبين قدر الدينار ولم يدين مائة دينار في دعواه لان صورة المسئلة في أصل رواية الجامع الصغير رجل لزم رجلا فدعى عليه مائة دينار أولم يدين مائة دينار فقال له رجل دعه وأما كفيل بنفسه الى غدا فان لم يوافق به غدا فعلى مائة دينار فرضي به فلم يوافق به قال عليه مائة دينار في الوجهين جميعا اذا ادعى صاحب الحق أنه له (قوله لانه علق مالا مطلقا بخاطر) حيث قال فان لم يوافق غدا فعلى مائة دينار ولم يقل فعلى المائة التي لك عليه قال الشيخ الامام أبو منصور المساتري بدى رحمه الله لما قال على مائة دينار ولم يصف الكفالة الى ماعليه يحتمل أنه التزم الما ابتداء فيكون رشوة ويحتمل أنه أراد ماعلى الاصيل فلا يكون رشوة والمال لم يكن لازما فلا يلزم بالشك فعلى هذا الوجه لا تصح الكفالة وان بين المدعي به (قوله ولانه لم تصح الدعوى من غير بيان) قال الشيخ أبو الحسن الكرخي رحمه الله اذ لم يدعه لا مقدور لم يستوجب احضاره الى مجلس القاضي لفساد الدعوى فلم تصح الكفالة بالنفس فلم تصح الكفالة بالمال لانه بناء عليه فعلى هذا اذا كان المدعي به

والثاني ان الدعوى بلا بيان غير صحيحة فلم يجب احضار النفس وحيث لا تصح الكفالة بالنفس فلا يصح ما يبنى علمها وهذا منسوب الى الشيخ الامام أبي الحسن الكرخي وهو يقتضي الصحة اذا كان المال معلوما عند الدعوى وله مان المال ذكر معرفا لانه قال فعلى المائة فينصرف الى ماعليه وتكون النسبة موجودة فخرج عن كونه رشوة فكان المال معلوما والدعوى صحيحة فتصح الكفالة بالنفس والكفالة بالمال لكونها مبنية على الاولى وهذه النكتة في مقابلة النكتة الاولى لمحمد وقوله والعادة حوت بالاجمال في الدعوى فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها) صحة (الثانية) ونحن قدأ بمعناك عبارة الجامع الصغير والمال منكرفيه حيث قال فعلى مائة دينار وكذا ذكر غير واحد وكذا في المبسوط فالوجه أن يترك المقدمة الاولى ويقال انه اذا ظهرت الدعوى بالف ظهر انه أراد الالف التي سبدها احكامنا بان الكفيل كان يدري خصوص دعواه تصحها الكلام العاقل ما أمكن فتصح الكفالة حين تقع على اعتبار بيان الدعوى بذلك القدر وحاصل هذا أنا لا نتحكم حال صدور رها بالفساد بل الامر موقوف على ظهور والدعوى بذلك القدر فاذا ظهرت ظهر أنه انما كفله بالالف المدعي به وفي الخلاصة قال اذا كفله بنفسه رجل على أنه ان لم يوافق به غدا فعليه ألف درهم ولم يقل التي عليه فغضى غد ولم يوافق به وفلان يقول لاشي على والطالب يدعي ألفا والكفيل ينكر وجوبه على الاصيل فعلى الكفيل ألف درهم عند أبي حنيفة وأبي يوسف الاول وفي قوله الآخر وهو قول محمد لاشي عليه وهذا يقتضي أن الاصل انما يدين بغيره ويسقطها ان الالف تجب على الكفيل بمجرد دعوى

بالنفس والمال جفاو يكون القول قوله في هذا البيان لانه يدعى بكفالة النفس قال (ولا تجوز الكفالة بالنفس الخ) من توجه عليه الحد أو القصاص اذا طلب منه كفيل بنفسه بان يحضره في مجلس القضاء لاثبات ما يدعى المدعى عليه فامتنع عن اعطائه لا يجبر عليه عند أبي حنيفة رحمه الله وعلى هذا يكون معنى قوله ولا تجوز الكفالة لا يجوز اجبار الكفالة بخلاف (٢٩٥) المضاف واسناد الجواز الى الكفالة

مجاز وقال أبو يوسف ومحمد
رحمهما الله يجبر في حد
القذف لان فيه حق العبد
فيجبر عليها كافي سائر
حقوقهم وفي القصاص
لانه خالص حق العبد أي
لان الغلب فيه حق العبد
على الخلوص لماعرف أن
القصاص مشتمل على
الحقين وحق العبد غائب
وليس تفسير الجبر ههنا
الحبس بل الامر بالملازمة
بان يدور الطالب مع المطلوب
أي ينادر كى لا يتغيب فاذا
انتهى الى باب داره وأراد
الدخول يستأذنه الطالب في
الدخول فان أذن له يدخل
معه ويسكن حيث سكن
وان لم ياذن له بالدخول
يجلسه على باب داره ويمنعه
من الدخول بخلاف الحدود
الخاصة لله كحد الزنا وشرب
الخمر حيث لا تجوز الكفالة
بها وان طابت نفس
الكفيل به سواء أعطاه قبل
اقامة البيئة أو بعدها أما
قبل اقامتها فلان أحدا لم
يستحق عليه حضور مجلس
الحكم بسبب الدعوى لانه
لا تسمع دعوى أحد في الزنا
وشرب الخمر فهذا لم يكفل
بحق واجب على الاصل
وبعد اقامة البيئة قبل
التعديل يحبس وبه يحصل

قال (ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة رحمه الله) معناه لا يجبر عليه عند الله وقال
يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد وفي القصاص لانه خالص حق العبد فيلحق به - كما الاستيثاق كافي التعزير
بخلاف الحدود والخاصة لله تعالى ولا يجرى حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام لا كفالة في حد من غير فصل

المكفول وان كان الكفيل ينكر وجوبه على الاصل وسند كرميا يظهر فيه (قوله ولا تجوز الكفالة
بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة رضي الله عنه) قال المصنف (معناه لا يجبر) على اعطاء الكفيل
(عنده وقال لا يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد) ولهذا يشترط الدعوى (وفي القصاص لانه خالص حق
العبد) ليس كذلك بل الغالب فيه ذلك وفيه حق الله لادخاله الارض عن الفساد ومعنى الجبر ليس أنه يحبس
حتى يعطى بل يلزمه ولا يدعه يدخل بيته الا هو معه أو يجلس معه خارج البيت أو يعطى كفيلًا بخلاف
الحدود والخاصة حقانته) كحد الزنا والشرب لا تجوز الكفالة وان طابت نفس المدعى عليه باعطاء الكفيل
بعد الشهادة أو قبلها لان قبلها لا يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى لانه لا يسمع دعوى أحد
في الزنا والشرب فلم تقع الكفالة بالنفس لحق واجب على الاصل وبعد اقامة البيئة قبل التعديل أو شهادة
واحد عدل يحبس وبه يحصل الاستيثاق فلامعنى للكفالة بخلاف ما فيه حق العبد فان حضوره بمجلس الحكم
مستحق عليه (بغير دعوى القذف والقتل حتى يجبره القاضي على الحضور ويحول بينه وبين أشغاله فتصح
الكفالة باحضاره وأورد عليه ينبغي أن لا يحبس بذلك لان معنى الاستيثاق فيه أكثر أوجب بان الحبس في
هذا ليس للاحتياط لاثبات الحد بل لتهمة الاعارة والفساد تعزير او اذالم يكفل به ماذا يصنع قال يلزمه الى
وقت قيام القاضي عن المجلس فان أحضر البيئة فيها او اخلى سبيله و روى عن أبي يوسف في الذي يجمع الخمر
ويشربه ويترك الصلاة قال أحبسه وأؤدبه ثم أخرجه ومن ينهم بالقتل والسرقة وضرب الناس فاني أحبسه
وأخلده في السجن الى أن يتوب لان شر هذا على الناس وشر الاول على نفسه (ولابي حنيفة قوله صلى الله عليه
وسلم لا كفالة في حد) ورواه البيهقي وقال تغرد به عمر بن أبي عمر الكلاعي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده
وهو من مشايخ بقية المجاهدين ورواه ابن عدى في الكامل عن عمر السكلاعي وأعله به قال مجهول لا أعلم روى

معلوما وقت الدعوى تصح الكفالة وينصرف الى المال المدعى به (قوله ولا تجوز الكفالة بالنفس في
الحدود والقصاص عند أبي حنيفة رحمه الله) معناه لا يجبر عليه عند الله وقال لا يجبر وفي القوائد الظاهرية وليس
تفسير الجبر ههنا الحبس لكن بامره بالملازمة و ليس تفسير الملازمة المنع من الذهاب لانه حبس لكن يذهب
الطالب مع المطلوب فيدوم معه أينما دار كيلا يتغيب واذا انتهى الى باب داره وأراد الدخول يستأذنه الطالب
في الدخول فان أذن له يدخل معه ويسكن حيث سكن وان لم ياذن له في الدخول يجلسه في باب داره ويمنعه
من الدخول وسيجيء تفسير الملازمة في كتاب الخمر ان شاء الله تعالى هذا اذا كان حداثا عليه حق كحد
القذف وحد السرقة على قول بعضهم وأما الحدود الخاصة لله تعالى كحد الشرب والزنى وكحد السرقة على
قول بعضهم فلا تجوز الكفالة فيها وان طابت نفسه أما قبل اقامة البيئة فلان أحدا لم يستحق عليه حضور
مجلس الحكم فلم يكفل بحق واجب على الاصل وبه اقامة البيئة قبل التعديل يحبس وبالحبس يحصل
الاستئناف فلامعنى لاخذ الكفيل وأما في حد القذف والسرقة فحضور المدعى عليه بمجلس الحكم مستحق
عليه بنفسه الدعوى حتى يجبره القاضي على الحضور ويحول بينه وبين أشغاله كافي سائر الحقوق فاذا كفل
عنه كفيل بالنفس جاز (قوله كافي التعزير) أي يجبر المطلوب على اعطاء الكفيل في الشيء الذي يجب فيه

الاستيثاق فلا حاجة الى أخذ الكفيل (ولابي حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم لا كفالة في حد من غير فصل) يعني بين ما هو حق العبد منه
وبين ما هو خالص حق الله قيل هذا من كلام شريح لا من كلام النبي صلى الله عليه وسلم ذكره الخصاص في أدب القاضي عن شرحه وقال الصدر
قوله وفي القصاص لانه خالص حق العبد) أقول معطوف على قوله يجبر في حد القذف قال المصنف (قوله قبل هذا الى قوله مرفوعا) أقول القائل

الشهيد في أدب القاضي روى هذا الحديث من فروع رسول الله صلى الله عليه وسلم (ولان مبنى الحدود والقصاص على البرء فلا يجب فيها الاستيناف بالثبوت قبل حبس باقامة شاهد عدل ومعنى الاستيناف في الحبس أنهم من أخذوا الكفيل أوجب بان الحبس للثبوت على ما يدعى من الاستيناف (بمخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرج بالشبهات فيلحق بها الاستيناف كافي التعزير) فانه محض حق العبد يسقط باسقاطه ويثبت مع الشهات بالشهادة على الشهادة ويحذف فيه فيجبر المطالب على اعطاء الكفيل فيه كافي الاموال (ولو سمعت نفسه) أي ولو تبرع المدعي عليه باعطاء الكفيل للمطالب من غير جبر عليه في القصاص (وحد القذف مع بالاجماع لانه أمكن ترتيب موجهه عليه لان تسليم النفس فيهما واجب فيطالب به الكفيل ويتحقق معنى الكفالة وهو الضم) وألحق الامام المجهول في حد السرقة بحد القذف على المذهبين قال (ولا يجب فيها حتى يشهد شاهدان الخ) لا يجب الحاكم (٢٩٦) في الحدود ومن وجبت عليه وفي بعض النسخ فيها أي في حد القذف والقصاص

ولان معنى الكل على البرء فلا يجب فيها الاستيناف بمخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرج بالشبهات فيلحق بها الاستيناف كافي التعزير (ولو سمعت نفسه به يصح بالاجماع) لانه أمكن ترتيب موجهه عليه لان تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم قال (ولا يجب فيها حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي) لان الحبس للثبوت ههنا والتممة تثبت بأحد شرطى الشهادة اما العدد أو العدالة بمخلاف الحبس في باب الاموال لانه أقصى عقوبة فيه فلا يثبت الابحجة كاملة

عنه غير رقية كما روى عن سائر المجهولين (ولان مبنى الكل) يعنى الحدود والحالصة حقيقة الله تعالى والتي فيها حق العبد كالقصاص (على البرء فلا يجب فيها الاستيناف بمخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرج بالشبهات فيلحق بها الاستيناف كافي التعزير) حيث يجبر المطالب على اعطاء الكفيل فيه بنفسه هذا (ولو سمعت نفسه) أي نفس المطالب (باعتطاء الكفيل بلا جبر) يعنى في حد القذف والقصاص (جاز لانه أمكن ترتيب موجهه عليه) وهو تسليم النفس (لان تسليم النفس فيه ما واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم) ومقتضى هذا التعليل صحة الكفالة اذا سمع بها في الحدود والحالصة حقيقة الله لان تسليم النفس واجب فيها لكن نص في الفوائد انجازية والشاهية على ان ذلك في الحدود والتي فيها للعباد حق كحد القذف لا غير كاذكرنا من قريب ولانه معارض بوجوب البرء (ولا يجب في الحدود حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي) انه عدل لنفى المجهول (لان الحبس ههنا للثبوت) للاستيناف الحد والتممة تثبت بأحد شرطى الشهادة اما العدد أو العدالة (فاذا وقعت التممة حبس بالنقض وهو ما روى بهز بن حكيم عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتممة وقد منأخر بجه والكلام فيه في الحدود (بمخلاف الاموال لان الحبس أقصى عقوبة فيه) أي في المال فانه لو ثبت المال بالينة العادلة وامتنع من الايقاع بحبس فسكان أقصى عقوبة فيها أما الحدود والقصاص فأقصى العقوبة فيها القتل والحبس نوع عقوبة فجاز أن يعاقب بالحبس قبل ثبوت الحد والقصاص وفي المصالح والمغرب التممة بالتحريك وأصل التام فيه واومن وهمت الشيء أهمل وهما من باب ضرب أي وقع في خلدي والوهم ما يقع في القلب من الخاطر وانهمت فلا يابكذ والامم التهمة بالتحريك أصله اوتممت كفى اتسكت أصله اوتمكت بمعنى اعتدت قلبك الواو ياء لا كسار ما قبلها ثم التعزير فان التعزير محض حق العبد ويسقط باسقاطه ويثبت بالشهادة على الشهادة ويحق فيه فيجبر على اعطاء الكفيل فيه كالاموال (قوله ولو سمعت نفسه) أي ولو تبرع المدعي عليه باعطاء الكفيل للمطالب من غير جبر عليه في حد القذف يصح بالاجماع (قوله ولا يجب فيها حتى يشهد شاهدان مستوران)

حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه أي يعرف الحاكم كونه عدلا لان الحبس ههنا للثبوت أي لثبوت الفساد لا لاثبات المدعي لانه يحتاج الى حجة كاملة والتممة تثبت بأحد شرطى الشهادة اما العدد أو العدالة لان الحبس للثبوت من باب دفع الفساد وهو من باب البيانات والبيانات تثبت بأحد شرطى او قد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتممة بمخلاف الحبس في باب الاموال لانه أقصى عقوبة فيه فلا يثبت الابحجة كاملة وحاصل الفرق ان ما كان الحبس فيه أقصى عقوبة كافي الاموال اذا ثبت وعدم موجبات السقوط وامتنع عن الايقاع لا يجب فيه الابحجة كاملة وما كان أقصى العقوبة فيه غير الحبس كالحدود والقصاص فان أقصى فيها القتل أو القلع أو الجلد جاز

الحبس قبل ثبوته للتممة ولما قل أن يقول الحبس للتممة قبل ثبوت المدعي بالحجة ينافي البرء بالشبهات والبرء ثابت بقوله وذكر صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود بالشبهات وبالاجماع على ذلك فينتفى الحبس للتممة ويمكن أن يجاب عنه بان يحمل قولهم للتممة على ان المراد به اتهام الحاكم أيضا بالثبوت فيه وبانه ان الدرء مأمو ربه والترك والتهاون حرام لافضائى الى فساد العالم الذى شرع الحدود لدفعه فاذا وجد أحد شرطى الشهادة ولم يحبس الحاكم أنهم بأنه متهاون في ذلك وهو قاذح في عدالة والايقاع من أمثاله مأمو ربه فيحبس بأحد شرطى

هو الاتقانى وقال في شرحه ولنا في دفعه نظر (قوله بمخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرج بالشبهات) أقول تأمل في هذا التعليل كيف يثبت المعلل (قوله أي لثبوت الفساد لا لاثبات المدعي) أقول لا يظهر لاثبوت (قوله ينافي البرء) أقول لا نسلم ذلك وانما ينافي لو كان وضع الحبس للاستيناف كافي التكفيل وليس كذلك بل الحبس يكون للتعزير وما نحن بصدد ذلك وقد صرحوا في الوصايا وغيرها بان الاعتبار لا موضوعات الاصلية

الشهاد: اذا اتهم المدعى غلبه بالفساد دفعاً للتمهة عن الحاكم والحبس من النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك وقع تعلبها للجواز حيث لم يكن النبي صلى الله عليه وسلم يهتم بذلك ثم اذا جمع الحجة الكاملة لتحيل للدرء والله أعلم بالصواب وكفى كتاب أدب القاضي بحبس في الحدود والقصاص بشهادة لو احد عندهما لان أخذ الكفيل لما جاز عندهما جاز أن يستوثق به فيستغنى عن الحبس وقيل معنى كلامه ان في الحبس في الحدود والقصاص عنهما روايتين في رواية يحبس ولا يكفل وفي رواية أخرى عكسه لحصول الاستيثاق باحد هما وفي دلالة كلامه على ذلك خفاء لا محالة قال (والرهن والكفالة جائزان في الخراج الح) أو ردها هذه المسئلة ههنا دعاء لما عسى يتوهم ان أخذ الكفيل عن الخراج لا يصح لكونه في حكم الصلوات دون الديون المطلقة فان محبة الكفالة تقتضي ديناً مطالب به مطلقاً والخراج كذلك ألا ترى أنه يحبس به وينع وجوب الزكاة ولازم من عليه لاجله فصحت الكفالة عنه وانما قيل مطلقاً يعني في الحياة والمهمات احترازاً عن (٢٩٧) الزكاة فانها يطالب بها مافي الاموال

الظاهرة فالطالب هو الامام وأما في الباطنة فلا كما لكونهم فواب الامام والكفالة لهم لا تجوز لانهم مطالبون بما بعد الموت ولما كان الرهن توثيقاً كالكفالة استتدرب ذكره في باب الكفالة فقله (لانه دين مطالب به) اشارة الى محبة الكفالة فان كل دين صحيح تصح المطالبة به في الحياة والمهمات تصح الكفالة به بالاستقراء ولوجود ما شرع الكفالة لاجله فيه وقوله (يمكن الاستيفاء) اشارة الى صحة الرهن فانها تعتمد امكن الاستيفاء لكونه توثيقاً بمجانبة الاستيفاء فيترتب موجب العقد في الرهن والكفالة عليه قيل في كلام المصنف لف ونشر مشوش ولا بعد في قصده ذلك قال (ومن أخذ من رجل كفيلاً بنفسه الح) تعدد الكفلاء

وذ كرفي كتاب أدب القاضي أن على قوله لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد حصول الاستيثاق بالكفالة قال (والرهن والكفالة جائزان في الخراج) لانه دين مطالب به يمكن الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما قال (ومن أخذ من رجل كفيلاً بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلاً آخر فهما أدلت منها وأدغمت في ناء الافتعال قال المصنف) وذ كرفي أدب القاضي ان على قوله لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد حصول الاستيثاق بالكفالة) اذهبا يقولان بجواز الكفالة فيحصل به المقصود فكان عنهما روايتان في رواية يحبس ولا يكفل وفي أخرى يكفل ولا يحبس لحصول المقصود باحدهما ويجمع بينهما بأن المراد بالاولى يحبس ان لم يقدر على كفيل والثانية يكفل بالاحبس ان قدر على الكفيل ولا يخفى أن المراد بالحدود وحذف القذف والقصاص (قوله والرهن والكفالة جائزان في الخراج) لان الكفالة ضم في المطالبة بالدين والخراج دين مطالب به من جهة العباد حتى يحبس به ولازم وينع من وجوب الزكاة فصحت الكفالة به والرهن لاستيفاء الدين منه والخراج يمكن استيفاءه من الرهن (فأمكن ترتيب موجب العقد) أي كل من عقدا الكفالة وهو مطالب به الكفيل وعقد الرهن وهو الاستيفاء للخراج من الرهن فصح كل من عقدا الكفالة والرهن به وظهر بما قررناه ان قوله مطالب به يمكن الاستيفاء لف ونشر فالمطالبة ترجع الى الكفالة والاستيفاء يرجع الى الرهن وانما نص على خصوص هذا الدين لدفع توهم أنه لا تجوز الكفالة به لان الخراج في حكم الصلوات وجوبه لحق الشرع كالزكاة لكن لما كان ملازم ومالوازم الدين يكاد كرها يصح العقدان المذكوران بخلاف دين الزكاة فانه وان كان له مطالب من العباد وهو الامام في الاموال الظاهرة

أو شاهد عدل فان قيل قد قلتم يحبس به باقامة شاهد عدل ومعنى الاحتياط في الحبس أكثر من أخذ الكفيل قلنا الحبس ليس للاحتياط ولكن لثمة الدعارة والفساد فيحبس تعزيراً له (قوله لانه دين مطالب به) ألا ترى أنه يطالب به ولازم لاجله وينع وجوب الزكاة ويؤخذ من تركته في رواية بخلاف الزكاة لانه ليس بدين بل هو تخليق مال مبتدأ حتى لا تؤخذ من تركته فلا يصح الكفالة به وان كان في الاموال الظاهرة ثم قوله دين مطالب به راجع الى الكفالة وقوله يمكن الاستيفاء راجع الى الرهن أي يطالب به فتصح الكفالة لان الكفالة تقتضي ديناً مطالب به ويمكن الاستيفاء فيصير الرهن لان الرهن توثيق لجانب الاستيفاء وانما أو ردها لان الخراج في حكم الصلوات دون الديون المطلقة وجوبه لحق الشرع كالزكاة فكان ينبغي أن لا تصح الكفالة أو الرهن به ولكن في حكم المطالبة بالانعام والحبس فيه هو بمنزلة الديون فلها جواز الكفالة

(٣٨ -) (فخ القدر والكفاهية) - سادس) عن شخص واحد صحيح كفلاً لاجله أو على التعاقب لان موجب عقد الكفالة التزام المطالبة أي أن يلتزم الكفيل ضم ذمته الى ذمة الاصيل في المطالبة بان يكون مطلوباً باحضار المكفول عنه كانه مطلوب بالحضور بنفسه ولهذا فلا حاجة الى ما ذكره في معرض الجواب مع اشتباهه على ما لا يخفى فليتامل (قوله ثم اذا جمع الحجة الكاملة لتحيل للدرء) أقول هيئذ يكون الاتهام أكثر فليتامل (قوله وقيل معنى كلامه) أقول القائل هو السكاكي (قوله أو ردها هذه المسئلة ههنا الح) أقول أنت خبير بان لا يدل على وجه ارادها في اثناء مسائل الكفالة بالنفس وهل المهتم بيبانه الا ذلك ولكن الظاهر أن المراد أن الكفالة بالنفس جائزة في الخراج وان كان المفهوم من الشرع الكفالة بالخراج والامر حين قال المصنف فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيما) أقول قال الاتقاني الضمير في غير راجع الى الخراج وفي فيها راجع الى الكفالة والرهن انتهى والاظهر أن ضمير عابه للعقد وضمر فيها للكفالة والرهن بالخراج (قوله قيل في كلام المصنف) أقول القائل هو الاتقاني

قلنا ان ابراء الكفيل لا يرتد به لرجوعه (٢٩٨) الى الزام من له الطلب على الطالب وهو خلف باطل والمقصود بشرع الكفالة التوثق

كفيل (لان) لان موجب التزام المطالبة وهي متعددة المقصود التوثق وبالثانية يزداد التوثق فلا يتنافيان (وأما الكفالة بالمال فائزة معلوما كان المكفول به أو مجهولا إذا كان ديننا صحهما مثل أن يقول تكفلت عنه بالف أو بمالك عليه أو بما يدرك في هذا البيع) لان مبنى الكفالة على التوسع فيجعل فيها الجهةالة وعلى الكفالة بالدرك اجماع وكفى به حجة وصار كما إذا كفل لشعبة صحت الكفالة وان احتملت الهسارة والمالك في الباطنة لا تصح الكفالة به فانه ليس حقيقة الدين لان حاصله ايجاب عليك طائفة من المال شكر الله على نعمة الغنى ولذا لا يؤخذ من تركته نجبر اللورثة عندنا ولم يخلص كونه له مطالب من العباد عن شبهة عدم ذلك فان المالك للعين يتحقق مطالبها من جهة العباد حقيقة بل حقيقة بذلك أن يكون غير المالك مطالبا للمالك فالمالك مطالب بفض الام لا ليس غير ومطالبه الامام ليس لا يصلح المستحقين الى املا كهم بل الى ما يستحقون لا بطريق الملك بخلاف سائر الدون فانها ملوكات (قوله) ومن أخذ من رجل كفلا بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفلا آخر بنفسه جاز (وهما كفيلا) بالنفس (لان موجب التزام المطالبة) وجاز تعدد المترمين بها لزيادة التوثق ثم اذا سلم أحدهما نفس المكفول به لا يبرأ الآخر بالاجماع بخلاف الكفالة بالمال ان كفلوا معا طوب كل بما يخصه وعلى التعاقب جازت مطالبة كل واحد بالكل مثلا كفل ثلاثة معا بالف لا يطالب أحدهم الا بثلاثة ولو كفلوا بهم على التعاقب طوب كل واحد بالف وأبهم قضى سقطت عن الباقي (قوله) وأما الكفالة بالمال) هو دليل قوله أول الباب الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال من حيث المعنى فان المعادلة الصريحة قوله قال أما الكفالة بالنفس وهو انما قال فالكفالة بالنفس الخ والكفالة بالمال عندنا جائزة وان كان المال المكفول به مجهول المقدار وبه قال مالك وأحمد والشافعي في القديم وقال في الجديد هو ابن أبي ليلى والليث وابن المنذر لا تجوز بالجهول لانه التزام بمجهول فلا يجوز فلا بد من تعيينه لوقوع المما كسات في مبادلة المال بالمال والكفالة عقد تبرع كالنذول بقصده سوى ثواب الله أو رفع الضيق عن الحبيب فلا يباين بما التزم في ذلك ويدل على ذلك اقدا مبهلا تعيينه للمقدار حين قال ما كان عليه فعلى فكان مبنيا للتوسع فتصهلت فيها الجهةالة ومن آثار التوسع فيها جواز الكفالة بشرط الخيار عشرة أيام بخلاف البيع وما فوض به من انه لو قال أنا ضامن لك ببيع مالك على فلان فانه لا يصح منوع بل يصح عندنا والخيار للضامن ويلزم أن يبين أي مقدار شاء (وعلى ضمان الدرك اجماع) وضمان الدرك أن يقول للمشتري أنا ضامن للشئ ان استحق المبيع أحد مع جواز أن يظهر استحقاق بعضه أو كله وقد نقل من الشافعي رضي الله عنه على جواز ضمان الدرك وأما الاستدلال بقوله تعالى ولن جاء به جيل بعير وأبنا به زعيم على أن شرع من قبلنا شرعنا اذا قصه الله تعالى ولم يعقبه بانكار فيمكن أن يدعى أن جعل البعير كان مقدارا معين كما يتعارف في زماننا أن الجسل الصادر وخمسائة رطل فلا يتم الاستدلال به (وصار كالوكفل بشعبة) أي والرهن به والمراد به الخراج الموطف (قوله) لان موجب التزام المطالبة) ولهم اقلنا ان ابراء الكفيل لا يرتد بالرد ولما كانت الكفالة لا التزام المطالبة لم يلزم من وجود الثاني انتفاء الاول لانه قابل للتعدد ألا ترى أنهم ما لو كفلوا جميعا معانفسه جاز فكذا اذا كفل على التعاقب ثم لو سلم أحد الكفيلين نفس الاصل برئ هو دون صاحبه وليس هذا كالدين لو كفل به رجل ثم كفل به آخر فضاء أحدهما يبرأ وفي التغايرق والكفلاء الثلاثة في العقد الواحد أبهم سلم الاصل كان كسليمهم وقال ابن أبي ليلى اذا كفل الثاني برئ الكفيل الاول وهذا بناء على أصله ان الكفيل اذا كفل بالدين برئ المطلوب (قوله) اذا كان ديننا صححا) أي الدين الذي لا يستعطا بالاداء أو البراء بخلاف دين الكتابة فانه دين ضعيف لانه يثبت مع المنافي وهو الرق لهذا يستبد المسكاتب باسقاط بدل الكتابة بتجيز نفسه (قوله) وعلى الكفالة بالدرك اجماع) مثل أن يقول للمشتري أنا ضامن للشئ ان استحق المبيع أحد وأصل البعير في الدرك وقد رما ليقعة من الدرك بمجهول (قوله) وصار كما اذا كفل بشعبة بأن قال كفلت بما أصابك في هذه الشعبة التي شجك فلان وهي خطأ يصح ببلغ النفس أول مبلغ ومقدار ما التزمه بهذه

وبالثانية يزداد التوثق وما يزداد به الشئ لا يتنافسه البتة فكان مقتضى لجوازه موجودا والمنايع منتفيا قال قول بامتناعه قول بلا دليل واذا صحت الثانية لم يبرأ الاول لاننا لم نصحها ليزداد التوثق فلو برئ الاول ما زاد الا ما نقص فصار ضمانه زائدة لم يكن زيادة هذا خلف باطل وقال ابن أبي ليلى يبرأ الكفيل الاول لان التسليم لما وجب على الثاني فلو بقي واجبا على الاول كان واجبا في موضعين وهو بناء على أصله ان الكفيل اذا كفل بالدين برئ المطلوب فكذلك ههنا والجواب ان ذلك يخالف الحقيقة اللغوية والأصل موافقتها ونقض الى عدم التفرقة بين الكفالة والخوالة فان فيها براءة المكيل وذلك باطل ثم اذا سلم أحد الكفيلين نفس الاصل الى الطالب برئ دون صاحبه قال (وأما الكفالة بالمال فائزة الخ) لما فرغ من الكفالة بالنفس شرع في بيان الكفالة بالمال وهي جائزة سواء كان معلوما كقوله تكفلت عنه بالف أو مجهولا كقوله تكفلت عنه بمالك عليه أو بما يدرك في هذا البيع يعني من الضمان بعد ان كان ديننا صححا لان مبنى الكفالة على التوسع فانها تبرع ابتداء فيجعل فيها جهة المكفول به بسيرة وغيرها بعد أن كانت متعارفة وقوله (وعلى الكفالة بالدرك) وأقول فيه تأمل

والاقتصار

(وعلى الكفالة بالدرك)

(قوله لرجوعه الى الزام من له الطلب الخ) أقول فيه تأمل

بفتح الراء وسكونها وهو التبعة ليس على جوازها بالجهول وفيه إشارة إلى نفي قول من يقول ان الضمان بالجهول لا يصح لأنه التزام مال فلا يصح جهولا كالمثل في البيع وقلنا الضمان بالدرك صحيح بالاجماع وهو ضمان (٢٩٩) بالجهول وصار الكفالة بمال مجهول

كالكفالة بشعبة أي شعبة

كانت اذا كانت خطأ فانها

صححت وان كانت مجهول

لاحتمال السراية والاقتصار

وانما قبل خطأ لانها اذا

كانت عمدا وقد سرت وكانت

الشعبة بالجارحة فانها

توجب القصاص والكفالة

به لا تصح ولما سرت ذلك في

كلامه لم يحجج الى التقييده

(وشرط أن يكون المكفول

به ديناً صحيحاً) وفسره بان

لا يكون بدل الكتابة لانه

ليس بدين صحيح الدين

الصحيح هو الذي له مطالب

من جهة العباد حق النفس

والمطلوب لا يقدر على

اسقاطه من ذمته الا بالبقاء

وبدل الكتابة ليس كذلك

لاقتدار المكاتب أن يسقط

البذل بتجبره نفسه وقيل

لان المولى لا يجبره على

عبدته شئ فبطل به قال

(والمكفول له بالخيار الخ)

المكفول له بخير بين أن

يطالب الذي عليه الاصل

أي الدين ويسمى الدين

أصل لان المطالبة مبنية عليه

فان مطالبة الدين بغير دين

غيره متصور فكانت المطالبة

فرعاً وهذا التخيير بناء على

ما تقدم أن الكفالة ضم

ذمة الى ذمة في المطالبة وذلك

يقضى قيام الاول بالبراءة

عنها الا اذا سرت البراءة

والاقتصار وشرط أن يكون ديناً صحيحاً ومراعاة أن لا يكون بدل الكتابة وسبب ذلك في موضعه ان شاء الله تعالى قال (والمكفول له بالخيار ان شاء طالب الذي عليه الاصل وان شاء طالب كفيله) لان الكفالة ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وذلك يقتضى قيام الاول بالبراءة عنه الا اذا سرت البراءة فحينئذ تنعقد حواله اعتباراً للمعنى كما أن الحواله بشرط أن لا يبرأهم المحيل تكون كفالة (ولو طالب أحدهما أن يطالب الآخر وله أن يطالبهما) لان مقتضاه الضم بخلاف المسالك اذا اختار تضمين أحد الغاصبين لان اختياره أحدهما يتضمن التملك منه فلا يمكنه التملك من الثاني أما المطالبة بالكفالة لا تتضمن التملك فوضع الفرق قال (ويجوز تعليق الكفالة بالشروط) مثل أن يقول ما يابعت فلاناً فعلى أو ما ذاب لك عليه فعلى أو ما غصبك فعلى والاصل فيه قوله تعالى وان جاء به حل بعير وأتابه زعيم والاجماع منعقد على صحة ضمان الدرك ثم الاصل أنه يصح تعليقها بشرط ملائم لها مثل

خطأ فان العمد على تقدير السراية يجب القصاص اذا كانت بالجارحة ولا كفالة بالقصاص واذا كانت خطأ ففي الكفالة تم اجهالة المكفول به فانهم ان سرت الى النفس وجب بدية النفس والا فأرش الشبهة ومع ذلك صح وقد منأن المراد من الدين الصحيح ما لا يكون بدل الكتابة فانه ليس بدين صحيح لان العبد متمكن من سقاه هذا الدين بنفسه بان يحجز نفسه ولانه للسيد على عبده ولا ديس يثبت للسيد على عبده وكذا يحجز به عن دين الزكاة فانه دين حتى يمنع وجوب الزكاة لكنه ليس حقيقة الدين من كل وجه لما ذكرنا والدرك التبعة وفيه فسخ الراء وسكونها (ثم المكفول له بالخيار ان شاء طالب الذي عليه الدين وان شاء طالب الكفيل) وهو قول أكثر أهل العلم وعن مالك لا يطالب الكفيل الا اذا عذرت مطالبة الاصيل (وله مطالبتهما) سبب الان الكفالة ضم ذمة الى ذمة وذلك يسوغ مطالبتهما ومطالبة أي ما شاء الا اذا سرت في الكفالة براءة الاصيل فحينئذ لا يطالب الاصيل بناء على أنهم حينئذ حواله عقدت باقتضا الكفالة تجوز بها فم اقتضى حينئذ أحكام الحواله كما أن الحواله بشرط أن لا يبرأ الاصيل تنعقد كفالة اعتباراً للمعنى فهما (بخلاف المسالك) المغصوب منه (اذا اختار تضمين أحد الغاصبين) يعني الغاصب وغاصب الغاصب اذا قضى القاضي عليه بذلك ليس له أن يضم الآخر (لان اختياره) تضمين (أحدهما) أي ان قضى القاضي عليه (يتضمن التملك منه) فيبرأ الآخر بالضرورة بخلاف المطالبة عن الكفالة لا تقتضى التملك ولو قضى عليه ما لم توجد حقيقة الاستيفاء (قوله ويجوز تعليق الكفالة بالشروط) مثل أن يقول ما يابعت فلاناً فعلى وما ذاب لك عليه أي ما وجب

الكفالة مجهول لانه لا يدري قدر ما يبقى من أثر الشبهة وهل يسرى الى النفس أو لا يسرى وان كانت عمدا فعلى تقدير السراية يجب القصاص أي شعبة كانت اذا شجها بالجارحة ولا تصح الكفالة في القصاص (قوله بخلاف المسالك اذا اختار تضمين أحد الغاصبين) أي بالقضاء أو الرضا لانه اذا ضمن أحدهما بالرضا أو بالقضاء فقد ملك المغصوب منه فلا يملك جوعه وتملكه من الآخر والمطالبة بالكفالة لا يتضمن التملك ما لم توجد حقيقة الاستيفاء حتى اذا استوفاه من أحدهما صار المضمون وهو الدين ملكاً له فلا يكون له مطالبة الآخر وفي الغصب اذا اختار تضمين أحدهما بالرضا وقضاه تضمين الآخر أيضاً (قوله مثل أن يقول ما يابعت فلاناً) وانما قيد بقوله فلا يابصير المكفول عنه معلوما لان جهالة تمتنع صحة الكفالة حتى لو قال ما يابعت أحد من الناس فأنا لذلك ضامن لا يجوز لان المكفول عنه مجهول وكذا المكفول به فتعاضدت الجهالة وفي الايضاح ولو قال من قتلك من الناس أو غصبك من الناس أو ما يابعت من الناس فأنا لك ضامن فهو باطل (قوله والاصل فيه قوله تعالى وان جاء به حل بعير وأتابه زعيم) فالأية تدل على أن جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة اذا حل البعير

فتصير حواله اعتباراً للمعنى كما أن الحواله بشرط أن لا يبرأ المحيل تكون كفالة فعلى هذا أنه لا يطالبهما جميعاً لجهالة ومتعاقبا بخلاف المسالك اذا اختار أحد الغاصبين أي الغاصب وغاصب الغاصب فانه اذا اختار تضمين أحدهما لا يقدر على تضمين الآخر لان اختياره أحدهما

(قوله ولما سرت ذلك) أقول فيه بحث (قوله وقيل لان المولى الخ) أقول فيه شئ ويندفع بقولنا قياساً لمل

وثبت فعلى من ذوب الشك لان المعنى ان يابته فعلى ذلك ذلك البيع وان ذاب لك عليه شئ فعلى وكذا
 ما غصبك فعلى واذا صححت فعليه ما يجب بالمبايعه الاولى فلو يابته مرة بعد مرة لا يلزمه ثمن المبايعه الثانيه كره
 في المجرى عن أبي حنيفة نصوص في نوادر أبي يوسف برواية ابن سماعة يلزمه كله ولو رجع الكفيل عن هذا
 الضمان ونهاه عن المبايعه صح حتى لو بايع بعد ذلك لم يلزم الكفيل شئ وقيد بقوله فلا يصير المكفول عنه
 معلوما فان جهالة المكفول عنه تمنع صحة الكفالة كجهالة المكفول في الاضافة ولو قال ما يبيع من الناس
 فعلى ضمانه فهو باطل لتفاحش الجهالة بجهالة المكفول عنه وبه بخلاف انفراد جهالة المكفول به فانها
 حينئذ قليلة تتحمل والحاصل ان جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة لمطلقا وجهالة المكفول به لا تمنعها
 مطلقا وجهالة المكفول عنه في التعليق والاضافة تمنع صحة الكفالة وفي التجيز لا تمنع مثال ذلك لو قال ما ذاب لك
 على أحد من الناس أو ما يبيع أحد فهو على لا تصح لجهالة المضمون عنه في الاضافة وكذا لو قال ما ذاب لأحد
 عليك فهو على لا تصح لجهالة المكفول له ولو قال ما غصبك فلان أو سرقك فعلى جاز لا تنقأ عما ومن المثل
 ما غصبك أهل هـ بنه الدار فانه ضامن لا تمنع الكفالة كانه قال ما يجب لك على واحد من الناس فعلى وفيه
 لا تصح لجهالة المكفول عنه ومن بايع فلانا اليوم من يبيع فعلى لا يلزم الكفيل شئ لجهالة المكفول له لانه ضمن
 لواحد من الناس بخلاف ما لو قال لجماعة حاضر من ما يبيعتموه فعلى يصح فاجبهم بايعه لزم الكفيل لانه ضمن
 لمعينين وحينئذ يجب كون أهل الدار في المسئلة التي قبلها ليسوا معينين معلومين عند المتخاطبين والا فلا فرق
 ومنه ما لو قال لرجلين كفلت اهذابا له على فلان وهو أف أو اهذابا له عليه فهو باطل لجهالة المكفول له ولو
 قال لرجل كفلت بمالك على فلان أو مالك على فلان رجل آخر جاز لانها جهالة للمكفول عنه في غير تعليق
 ويكون الخيار للكفيل فيحتاج الى فرق بين المكفول له وعنك في التجيز حيث يصح مع جهالة
 المكفول عنه دون المكفول له و الفرق بين المكفول عنه في التجيز والاضافة حيث يصح في التجيز دون الاضافة
 أما الاول فاذكر في الذخيرة أن الكفالة في حق الطالب بنزلة البيع والمكفول له كالبائع لانه تلك مافي ذمة
 المكفول عنه من الكفيل فلا بد من التعيين ولا يصح بدون قبول المشتري وقبوله يستلزم تعيينه فكانت
 جهالة الطالب مانعة جوازها كجهالة المشتري مانعة للبيع والكفالة في حق المطلوب بنزلة الطلاق والعناق
 حيث صح من غير قبوله وأمره فلا تمنع جهالة التسع جوازها كالاتماع جهالة المتعق جواز العتق وأما الفرق بين
 جهالة المكفول عنه في الارسال والتعليق أن القياس يأبي جواز اضافة الكفالة لانها تليس في حق الطالب
 وانما جواز استحسانا للتعامل والتعامل فيما اذا كان المكفول عنه معلوما فاذا كان مجهولا يبيح على القياس
 وحاصل هذا أن المبطل هو الاضافة لجهالة المكفول عنه اذا عرف هذا جئنا الى مسئلة الكتاب فاستدل
 المصنف وأكثر الاصحاب بقوله تعالى ولن جاءه جيل بعير وأنا به زعيم ونقل عن أبي بكر الجصاص تضعيف
 الاستدلال به لجواز أن يكون ايمان العمالة لا الكفالة وكذا قال أصحاب الشافعي لان هذا القائل
 ضامن عن نفسه وهذا حال المستاجر لانه ضامن للأجرة عن نفسه بحكم الاجارة لا الكفالة وضمنان العمالة
 مجهول وعلى أن تعليق الكفالة بالشروط جائز حيث علق الكفالة بشروط المجيء بالصواع وشريطة من قبلنا
 تلزمنا اذا قص الله ورسوله بلا انكار فان قيل الكفيل من يكون ضامنا عن الغير وهذا القائل كان ضامنا
 عن نفسه لانه كان مستأجرا والمستأجر ضامن للأجر سواء كان أمصلا أو ذكرا واذا كان ضامنا للأجرة بحكم
 العقد لم يتصور أن يكون كفيل عن غيره فكيف كان معنى قوله وأنا به زعيم أنا ضامن للأجر بحكم الاجارة لا بحكم
 الكفالة قلنا الزعيم الكفيل وأمكن حمل الآية على الكفالة بأن قال المنادي للعبير ان الملك يقول لكم ان
 جاءه جيل بعير وأنا كفيل بذلك فيكون كذا الله عن الملك لا عن نفسه لان المنادي كان رسولا من جهة الملك
 والرسول بالاستتجار يصلح أن يكون كفيل بالاجرة عن الرسل فان قيل قد ظهر انتساخه لان الكفالة لا تصح
 لمجهول اجاعا والمكفول له مجهول هنا قلنا فيه أمران جواز الكفالة مع جهالة المكفول له وجوازها
 مضافة الى سبب وجوب المبال فان تناسخ الاول لا يدل على انتساخ الثاني والاجماع منعقد على صحة الكفالة

يتضمن التليس اذا قضى
 القاضى بذلك فلا يتم
 من التليس من الثاني أما
 المطالبة بالكفالة فلا تتضمن
 التليد قال (ويجوز تعليق
 الكفالة بالشروط الخ)
 يجوز تعليق الكفالة بشرط
 ملام مثل

أن يكون شرطاً لوجوب الحق كقوله إذا سحقت المبيع أو لا مكان الاستيفاء مثل أن يقول إذا قدم زيد وهو المكفول عنه أو لنعذر الاستيفاء
مثل قوله إذا غاب عن البلدة أو إذا مات ولم يدع شيئاً أو إذا حل مالك عليه ولم يوف به فعلى ولا يجوز بشرط مجرد عن الملاءمة كقوله ان هبت الريح
أو جاء المطر وقد يكون زديماً كقوله لا عنه لأنه إذا كان أجنبياً كان التعليق به كفى بهوب الريح واستدل بقوله تعالى ولمن جاءه جمل بعير أو أماناً
به زعيم فإن منادى يوسف عليه السلام عاقب الالتزام بالكفالة بسبب وجوب المال وهو المحجى بصواع الملك وكان نداؤه بامر يوسف عليه السلام
وشريعة من قبلنا شرعية لا إذا قصها الله ورسوله من غير انكار وفيه بحث من وجهين أحدهما ما قال بعض الشافعية أن هذه الآية مجعولة
على بيان العمالة إن يأتي به لا يبين الكفالة فهو كقول من أبقى عبده من جاء به فله عشرة فلا يكون كقوله لأن الكفالة انما تكون إذا التزم عن
غيره وههنا قد التزم عن نفسه والثاني أن الآية متركة الظاهر لأنها تشتمل على جهالة المكفول له وهي تبطل الكفالة والجواب عن الأول أن
الزعم حقيقة في الكفالة والعمل بهما مأمور واجب فكان معناه والله أعلم أن يقول المنادى لا غير أن الملك يقول إن جاء به حل بعير أو أماناً به
زعيم بذلك فيكون ضامناً عن الملك لأن نفسه فتتحقق حقيقة الكفالة وعن (٣٠١) الثاني بأن الآية أمر من ذكر

الكفالة مع جهالة المكفول
له وإضافتها إلى سبب الوجوب
وعدم جواز أحدهما بدليل
لا يستلزم عدم جواز الآخر
فإن قلت ما الفرق بين
جهالة المكفول به وجهالة
المكفول عنه وجهالة
المكفول له فإن الأولى لا تمنع
الجواز أصلاً والثانية تمنعه
إذا كانت الكفالة مضافة
كقوله تسكلت بما يابعت
أحدنا من الناس والثالثة
تمنعه مطلقاً للجواب أن
الأولى منصوص على جوازها
لأنه قال تعالى حل بعير وهو
غير معلوم لأنه يختلف
باختلاف البعير فلم تمنع
مطلقاً والثانية انما تمنعه
لأجل الإضافة للجهالة فإن
الكفالة المضافة إلى المستقبل
باب القياس جوازها على
ما يأتي وانما جازت استحقاقاً

أن يكون شرطاً لوجوب الحق كقوله إذا سحقت المبيع أو لا مكان الاستيفاء مثل قوله إذا قدم زيد وهو مكفول
عنه أو لنعذر الاستيفاء مثل قوله إذا غاب عن البلدة وما ذكر من الشرط في معنى ما ذكرناه فلما لا يصح
التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح أو جاء المطر

على هذا الوجه جائز كمن أبقى عبده فقال من جاء به فله كذا والدليل على أنه ليس من باب الكفالة بل
هو من العمالة إن المكفول له في الآية مجهول ولا كفالة مع جهالته لأن مسئلة واحدة ستأتي وعامة
المشايخ قالوا الاستدلال به صحيح فإن الزعيم حقيقة الكفيل والمؤذن انما نادى العبر عن غيره وهو الملك
فإن المعنى الملك يقول ليكم إن جاء به حل بعير لأنه انما نادى بامرهم ثم كفل عن الملك بالجعل المذكور لأن نفسه
الآن في جهالة المكفول له فقد اشتملت على أمرين جواز الكفالة مع جهالة المكفول له وجوازها مضافة
وقد علم انتساخ الأول بدلالة الإجماع على منعهما مع جهالة المكفول له وهو لا يستلزم نسخ الآخر كما قلنا يجوز
بالكفالة عن الميت المفلس وبطلانها مع جهالة المكفول له وغيبته لحديث أبي قتادة في قصة الميت المدبون
بدرهمين فقال عليهما على فصلى عليه الصلاة والسلام عليه فدل على جواز الأمرين ثم قام الدليل على انتساخ
أحدهما وهو جوازها مع غيبة المكفول له ولم يبق على الآخر وهو الكفالة عن الميت المفلس ولو لم يتم هذا
كفى ما تقدم من المعنى فيها من الإجماع على صحة ضمان الدرك ولما كان إضافة الكفالة على خلاف
القياس لما ذكرنا من شبهة المبيع إلى آخر ما تقدم اقتصر على ما يناسب مورد النص وهو أن يكون شرطاً
ملائماً وملائمة الشرط بأحد ثلاثة أمور أحدها أن يكون سبباً للزوم الحق وهو الذي عبر عنه المصنف (ب) أن
يكون شرطاً لوجوب الحق كقوله إذا سحقت المبيع) فإن استحقاق سبب لوجوب الثمن على البائع للمشتري
ومن هذا القبيل ما في الآية فإن الكفالة بالجعل معلقة بسبب وجوبه وهو المحجى بصواع الملك فإنه سبب وجوب
الجعل الثاني (أن يكون شرطاً لا مكان الاستيفاء مثل قوله إذا قدم فلان وهو مكفول عنه) فإن قدومه سبب
موصول للاستيفاء منه الثالث (أن يكون سبباً لنعذر الاستيفاء مثل أن غاب عن البلد) أو هرب أو مات ولم يدع
الدرك وهي مضافة إلى سبب الوجوب بالاستحقاق (قوله إذا قدم زيد وهو مكفول عنه) وانما قيد بقوله

للتعامل والتعامل فيما إذا كان المكفول منه معلوماً فالجمل هو الباقي على أصل القياس والثانية انما تمنعه مطلقاً لأن الكفالة في حق الطالب بمنزلة
المبيع حتى لا تصح من غير قبول الطالب وفي حق المطلوب بمنزلة الطلاق والعتاق حتى تصح من غير قبوله كما يصح الطلاق والعتاق من غير قبول
أصلاً وإذا كان بمنزلة المبيع في حق الطالب كانت جهالة الطالب مانعة جوازها كما أن جهالة المشتري مانعة من البيع بخلاف جانب المطلوب فإن
جهالته لا تمنع كما أن جهالة المعتق لا تمنع جواز العتق وهذا هو الموعود بقولنا على ما يأتي

قال المصنف (وما ذكر من الشرط في معنى ما ذكرناه) أقول أي في معنى الذي ذكرناه وهو أن كل شرط لا يملك الكفالة يصح تعليقها
به قال المصنف (فلما لا يصح التعليق بمجرد الشرط) أقول ولا تصح الكفالة أيضاً كما ذكره الشارحون (قوله وجهالة المكفول له الخ) أقول
كما إذا قبل من خصه أنت وقتلته فأنما كفيل له عنك (قوله وهذا هو الموعود) أقول الإشارة إلى كون الكفالة بيعاً في حق الطالب فإنه إذا كانت
الكفالة تمليكاً في حقه وإضافة التملك إلى المستقبل لا تصح لم تصح إضافة الكفالة إلى المستقبل في القياس فليتأمل

(قوله وكذا اذا جعل كل واحد منهما أجلا) أي كلما يصح تعليق الكفالة بهبوب الريح ويحجب المطر كذا لا يصح جعلهما أجلا للكفالة وفي كلامه نظير من أوجه الاول ان قوله لا يصح التعليق يقتضي نفي جواز التعليق لا نفي جواز الكفالة مع ان الكفالة لا تجوز الا الثاني ان قوله وكذا اذا جعل معطوف على قوله فاما لا يصح فيكون تقديره وكذا لا يصح اذا جعل ولا يخلو ما أن يكون فاعل يصح هو التعليق أو الكفالة اذ لم يذكر ثالثا والاول لا يجوز اذ لا معنى لقوله وكذا لا يصح التعليق اذا جعل كل واحد منهما أجلا والثاني كذلك لقوله بعده الا أنه يصح الكفالة والثالث ان الدليل لا يطابق المدلول (٣٠٢) لان المدلول بطلان الاجل مع صحة الكفالة والدليل صحة تعليقه بالشروط وعدم بطلانها

وكذا اذا جعل واحد منهما أجلا لأنه تصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة لما يصح تعليقه بالشروط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعناق (فان قال تكفلت بمالك عليه فقامت البينة بالف عليه ضمنه الكفيل) لان الثابت بالبينة كالثابت معانية فيحقق ما عليه فيصح الضمان به (وان لم تقم البينة

شيا ومن الصور المروية عن محمد رحمه الله تعالى ضمنه مالك على فلان ان توى وان حل مالك عليه ولم يوافق به وفي الخلاصة نقلا عن الاصل قال للمودع ان تلف المودع وذيعتك أو بحدك فاناضام لك صح وكذا اذا قال ان قتل ابنك فلان خطأ فاناضام لدية صح بخلاف ان أكلت سبع ونحوه مما ليس ملائما كان دخلت الدار أو قدم فلان وهو غير مكفول عنه أو هبت الريح أو جاء المطر لا يصح هذا التعليق (وكذا اذا جعل واحد منهما أجلا) يعني من هبوب الريح ويحجب المطر كان يقول تكفلت به أو بمالك عليه الى ان تهب الريح أو الى أن يحجب المطر لا يصح الا أن الكفالة تثبت حالة ويبطل الاجل بخلاف ما لو لم ينفذها من حينها اذا هبت الريح فقد تكفلت بمالك عليه فان الكفالة باطلة أصلا ولو جعل الاجل الحصاد أو الدياس أو المهر جان أو العطاء أو صوم النصارى جازت الكفالة والتأجيل فالحاصل ان الشرط الغير الملائم لا تصح معه الكفالة أصلا ومع الاجل الغير الملائم تصح حالة ويبطل الاجل لكن تعليل المصنف لهذا بقوله (لان الكفالة لما يصح تعليقه بالشروط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعناق) يقتضي أن في التعليق بغير الملائم تصح الكفالة حالة وانما يبطل الشرط والمصرح به في المبسوط وفتاوى فاضل خان أن الكفالة باطلة فتصحيحه أن يحمل لفظ تعليقه على معنى تأجيلها يجتمع أن في كل منهما عدم ثبوت الحكم في الحال وقلد المصنف في هذا الاستعمال لفظ المبسوط فانه ذكر التعليق وأراد التأجيل هذا ظاهر شرح الاتقاني المشي على ظاهر اللفظ فانه قال فيه الشرط اذا كان ملائما جازت تعليق الكفالة به ومنه قوله اذا استحق المبيع فاناضام الى أن قال وان كان بخلاف ذلك كهبوب الريح ويحجب المطر لا يصح التعليق ويبطل الشرط ولكن تنعقد الكفالة ويجب المال لان كل ما جازت تعليقه بالشروط لا يفسد بالشروط الفاسدة أصله الطلاق والعناق وفي الخلاصة كفل بمالك على أن يجعل له الطالب جعلا فان لم يكن مشروطا في الكفالة فالشرط باطل وان كان مشروطا فيه فالكفالة باطلة انتهى وهذا يفيد انها تبطل بالشروط الفاسدة ان كانت في أصلها (قوله فان قال تكفلت بمالك عليه) هذا شروع في بيان خصوص وقت الوجوب على الكفيل وهذا على اختلاف الالفاظ التي تقع بها الكفالة فن ذلك ما ذكر من قوله تكفلت بمالك عليه فلا يجب على الكفيل شي الا أن تقوم البينة بقدار ألف أو غيرها (لان الثابت بالبينة كالثابت معانية فيحقق ما عليه) فوجب عليه (ولو لم تقم بينة

وهو مكفول عنه لانه اذا علق الكفالة بقدوم أجنبي ليس بمكفول عنه لا يصح لان قدوم الاجنبي ليس بميسر تسليم ما التزمه فيكون تعليقه للكفالة بالشروط المحض وذلك باطل كالعقود بدخول الدار ومعنى قولنا باطل أن الشرط باطل فاما الكفالة فصحة اذا الكفالة لا تبطل بالشروط الفاسدة كالتسكع وغيره (قوله وكذا اذا جعل واحد منهما) أي من هبوب الريح ويحجب المطر أجلا بان قال تكفلت الى أن عطر اسماء أو هبت الريح الا

بالشروط الفاسدة ومع ذلك فليس بمستقيم لانها تبطل بالشروط المحض وهو أول المسئلة ويمكن أن يجاب عن الاول بان حاصل الكلام نفي جواز الكفالة المتعلقة بهما والمجموع ينتهي بانها جزء لا يقال نفي الكفالة المؤجلة كنفى المعاملة ولا تنتفي الكفالة بانقضاء الاجل لان الايجاب المعلق نوع اذا التعليق يخرج العلة عن العلية كما عرف في موضعه والاجل عارض بعد العقد فلا يلزم من انتفائه انتفاء معروضه وقد تقدم في الصرف ما يقار به ان كان على ذكركم عن وعن الثاني بان فاعل يصح المقدر هو الاجل وتقديره وكما لا يصح التعليق لا يصح الاجل اذا جعل كل واحد منهما أجلا وعن الثالث بان المراد بالتعليق بالشروط الاجل مجازا بقرينة قوله (ويجب المال حالا) وتقديره لان الكفالة لما يصح تأجيلها باجس متعارف لم تبطل بالاجال الفاسدة كالطلاق والعناق ويرجح والمجاز عدم

الثبوت في الحال في كل واحد منهما (فان قال تكفلت بمالك عليه فقامت البينة بالف ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت معانية) ولو عين ما عليه وكفل عنه لزمه ما عليه فكذلك اذا ثبت بالبينة فصم الضمان به (وان لم تقم البينة قال المصنف (وكذا اذا جعل واحد منهما أجلا) أقول أي وكذا لا يصح التعليق على أن يكون المراد به التأجيل على طريقة الاستخدام قال المصنف (لان الكفالة لما يصح تعليقه بالشروط) أقول أراد بالتعليق بالشروط التأجيل مجازا أي باجل متعارف (قوله فاعل يصح هو التعليق) أقول يجوز أن يقال فاعله ضمير التعليق مراد به التأجيل على طريقة الاستخدام

فأقول

فالقول قول الكفيل مع عينية في مقدار ما يعترف به لأنه منكر للزيادة) وانما كان القول قوله لأنه مال مجهول لزومه بقوله فصار كما اذا أقر بشئ مجهول وانما كان مع عينية لأن من جعل القول قوله فيما كان هو خصمه ما فيه والشئ (٣٠٣) مما يصح بنده كان القول قوله مع

عينية كالمدي عليه بالمال وأليه أشار بقوله لأنه منكر للزيادة (فان اعترف المكفول عنه بأكثر مما أقر به لم يصدق على كفيله لأنه أقر على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته عليها كالمريض اذا أقر في مرض الموت يصح اقراره في حق نفسه ولا يصح في حق غيره مدون الصحة حيث يقدمون على المقره في حالة المرض قال (وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره الخ) الكفالة بأمر المكفول عنه وهو أن يقول اضمن عني أو تكفل عني وبغير أمره ضمان في الجواز لأن الدليل الدال على جوازها وهو قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم وأمثاله لا يفصل بين كونها بأمره أو بغيره ولأن الكفالة التزام أن يطالب بما على الغير وذلك تصرف في حق نفسه وكل ما هو تصرف في النفس فهو لازم اذا لم يتضرر به غيره وغير المتصرف هنا هو الطالب والمطلوب فقط والطالب غير متضرر

قال المصنف (لأنه أقر على الغير ولا ولاية له عليه) أقول قال الزيلعي بخلاف ما اذا قال ما ذاب لك على فلان فعلى فاقر فلان على نفسه بالف فأنكر الكفيل ما أقر به حيث يلزمه ما أقر به

فالقول قول الكفيل مع عينية في مقدار ما يعترف به) لأنه منكر للزيادة (فان اعترف المكفول عنه بأكثر من ذلك لم يصدق على كفيله) لأنه أقر على الغير ولا ولاية له عليه (ويصدق في حق نفسه) لولايته عليها قال (وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره) لاطلاق ما روينا

فأقول قول الكفيل في مقدار ما على المكفول عنه) مع عينية (فان اعترف المكفول عنه بأكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لأنه أقر على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق) المكفول عنه (في حق نفسه) بما أقر به على نفسه (لولايته عليها) بخلاف قوله ما ذاب لك على فلان فهو على ما ثبت فاقر بالمطلوب بما لزم الكفيل لأن الشبوت حصل بقوله وكذلك ذاب فانه بمعنى حصل وقد حصل باقراره بخلاف الكفالة بما لك عليه فانها بالدين القائم في الحال وما ذاب ونحوه الكفالة بما يجب والوجوب يثبت باقراره بخلاف ما قضى عليه لك لا يلزم الآن بقضى القاضى ومثل مالك ما أقر لك به أمس فلو قال المطلوب أقرت له بالف أمس لم يلزم الكفيل لأنه قبل ما لا وجبا عليه لا ما لا يجب عليه في الحال ولم يثبت أنه واجب عليه فان قال ما أقر به فاقر في الحال يلزمه ولو قامت بينة أنه أقر له قبل الكفالة بالمال لم يلزمه لأنه لم يقل ما كان أقر لك ولو أجب المطلوب اليه فالزمه القاضى لم يلزم الكفيل لأن النكول ليس باقرار بل بذل وفي الخلاصة توجب قال ما أقر فلان به فهو على فبات الكفيل ثم أقر فلان فالمال لازم في تركه الضامن وكذا ضمان الدرك وفيها رجل قال لا تخربايع فلان فبات الكفيل ثم أقر فلان فالمال فان قال الطالب بعته متاعا بالف وقبضه مني وأقر به المطلوب وحججه الكفيل يؤخذ الكفيل به استحسانا بلا بينة ولو جحد الكفيل والمكفول عنه المبيع وأقام الطالب البينة على أحدهما أنه باعه وسلمه لمهمها ولو قال ان لم يعطك فلان مالاً عليه فانما ضمن بذلك لا سبيل فيه عليه حتى يتقاضاه فيقول لا أعطيك ولو مات المطلوب قبل أن يتقاضاه لم يضمن الضمان أيضا ولو لم يمت لكنه قال أنا أعطيك ان أعطاه مكانه أو ذهب الى السوق فاعطاه أو قال اذهب الى المنزل حتى أعطيك مالاً فاعطاه فهو جائز فان قال ذلك ولم يعطه من يومه لم يضمن الكفيل ولو قال ان تقاضيت فلان مالاً عليه ولم يعطك فانما مالاً عليه ضمن فبات المطلوب قبل أن يتقاضاه بطل الضمان ولو قال ان عجزت عن عك عن الأداء فهو على فالعجز يظهر بالحبس ان حبسه ولم يؤد لزم الكفيل وفي فتاوى النسفي رجل كفّل لرجل عن رجل بمال على أن يكفل عنه فلان بكذا من المال فلم يكفل فلان فالكفالة لازمة وليس له خيار في ترك الكفالة وفي مجموع النوازل جماعة طمع الوالى أن يأخذ منهم شيئاً بغير حق فاختفى بعضهم ونطفر الوالى ببعضهم فقال المحتفون للذين وجدهم الوالى لا تطلعوهم علينا وما أصابكم فهو علينا بالخصص فلو أخذ الوالى منهم شيئاً فلهم الرجوع قال هذا مستقيم على قول من يقول يجوز ضمان الجباية وعلى قول عامة المشايخ لا يصح ولو كفّل على له على أن يعطيه من ودیعة المكفول عنه التي عنده جاز اذا أمره بذلك وليس له أن يسترد الودیعة منه فان هلكت برئ الكفيل والقول قول الكفيل انها هلكت فلو غصبها ب الودیعة أو غيره أو استهلكها برئ الكفيل والخوالة على هذا ولو ضمن بالف على أن يعطيه اياه من ثمن هذه الدار فلم يبعها لم يكن على الكفيل ضمان ولا يلزمه بيع الدار (قوله وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره لاطلاق ما روينا)

أنه تصح الكفالة أى فيما اذا جعل واحداً منهما شرطاً وأجلاً تصح الكفالة ويجب المال حالاً لان ما جاز تعليقه بالشرط لا يبطله الشرط الفاسد كالطلاق والعتاق ولأنه في الحال عليك مطالبة بلا عوض ولو كان عليك مال من غير عوض كالهبة بالشرط لا يفسد فهو هنا أولى (قوله لم يصدق على كفيله) لأنه أقر على الغير فان قيل يشك على هذا ما اذا قال رجل لرجل ما ذاب لك على فلان فهو على ورضي بذلك الطالب فقال المطلوب لك على ألف درهم وقال الطالب لي عليك ألفان وقال الكفيل مالك عليه شئ فالقول قول المطلوب وقد لزم هناك على الكفيل ما أقر به المكفول عنه مع أنه لا ولاية له عليه ومع أن قوله ليس بحجة على الكفيل فلنأخذ قال شمس الأئمة

المطلوب استحساناً والقياس لا يلزمه شئ لما بينا وجه الاستحسان أنه تكفل بما استحب له عليه في شرط الوجوب عليه فيما أتى بأى طريق كان في مسئلة الكتاب تسكف بما عليه في الحال فاذا أخبر الطالب أو المطلوب ما عليه كان منهما فلا يصدق ما لم يقر البينة اه وفيه بحث

بل منتفع بالخالة والمطلوب ان تضر وفانما (٣٤٤) يتضرر بالرجوع عليه وذلك لا يكون الا عند الامر فاما بامر لم يتضرر وان امر فقد

ولانه التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب ولا ضرر فيه على المطلوب بشبوت الرجوع اذ هو عند امره وقد رضى به (فان كفيل بامر رجوع بما أدى عليه) لانه قضى دينه بامره (وان كفيل بغير امره لم يرجع بما يؤديه)

وهو قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم فانه أهم من كونه باذن وبلا اذن (ولانه) أي عقد الكفالة (الالتزام المطالبة وهو) أي هذا الالتزام (تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب ولا ضرر على المطلوب) لان ضرره (بشبوت الرجوع) ولا رجوع عليه (لانه) أي الرجوع (عند امره) وعند امره يكون (قد رضى به فان كفيل بامر رجوع بما أدى لانه قضى دينه بامره) معيد بامر من أحد هما أن يكون المطلوب ممن يصح منه الامر فلو كان صبياً أو مجبوراً أو امر من يكفل فلا رجوع له عليه ولو كان عبداً محجوراً فافانما يرجع عليه بعد عقده فلو كان الصبي ما ذونا صح أمره ويرجع الكفيل عليه لعمدة أمره بسبب الاذن فانهم ما أن يشتمل كلامه على لفظة عني كان يقول كفيل عني ضمن عني لفلان أو على قوله وأنا ضمن ونحوه فلو قال ضمن الالف التي لفلان على لم يرجع عليه عند الاداء لان السكأن مجرد الامر بالضممان والاعطاء فإزاء أن يكون القصد ليرجع وان يكون القصد لطلب تبرعه بذلك فلم يلزم المسال وهذا قول أبي حنيفة ومحمد بن يسلم ما في اشارات الاسرار اذا قال لرجل ضمن لفلان ألف درهم أو أقضه ألف درهم ففعل لم يرجع على الأمر الا اذا كان خليطاً أو شريكاً وقال أبو يوسف يرجع لانه وجد القضاء بناء على الامر فلا بد من اعتبار الامر فيه وأن يكون كذلك الا اذا كان قضاء من جهة الذي أمر فصار كالمالك أو قضى عني ويتضمن ذلك استقرضته ومتى قلنا لا يقع عن الذي أمرنا الامر لانه يصير قاضياً عن نفسه فيصير وجود الامر وعدمه سواء أماً الخليط فيرجع فيه بالاجماع والخليط هو الذي يعتاد الرجل مديانته والاخذ منه ووضع الدراهم عنده والاستقرار منه وأو رد مطالبة بالفرق بين الامر في الكفالة وبين ما اذا قل ادعني زكاة مالي أو أطعم عني عشرة مساكين فادى عنه لا يرجع على الأمر مالم بشرط الضمان فيقول على أني ضامن فلم يكف بمجرد الامر في الرجوع وان ذكر فيه لفظة عني بل حتى يشترط الضمان وفي الكفالة الكفني به وأجاب في الذخيرة وبسوط شيخ الاسلام بان الأمر طلب التملك من المأمور في الفصول كلها لانه أمره أن يؤدي عنه ويقضى عنه وأن يكون قاضياً عنه الا بعد أن يصير المقضى به ملكاً لا لأمراً لأن الملك لا لأمراً انما يشبث في ضمن ملك القابض فيثبت على وفقه فثبت للقابض ملك مضمون بالمثل يثبت للأمر مثل ذلك والا فلا وفي قضاء الدين انما يثبت للقابض ملك مضمون بالمثل لانه انما تملكه بالمثل وهو الدين السابق له حتى لو ظهر أن الدين عليه يسترد منه المقبوض فيثبت للأمر ملك مضمون بالمثل وليس ذلك الا القرض وفي باب الزكاة والكفارة يثبت للقابض ملك غير مضمون بالمثل حتى لو ظهر أن لازكاة عليه لا يسترد من الفقير ما قبض فيثبت للأمر ملك مثل ذلك فلا ضمان عليه الا بالشرط والحاصل ان الامر في الكفالة تضمن طلب القرض اذا ذكر لفظة عني وفي قضاء الزكاة والكفارة طلب التملك ولو ذكر لفظة عني لما ذكرنا ان الملك انما يثبت للمكفول عنه على الوجه الذي ثبت للقابض وقوله (وان كفيل بغير امره لم يرجع) هو قول الشافعي ورواية عن أحمد وقول مالك ورواية عن أحمد يرجع كالكفيل بامره لان الطالب بالاستيفاء منه كالمالك الماعلى المطلوب من الكفيل أو كالمقيم له مقام نفسه في استيفاء المال من الاصيل وقلنا تملك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز حيث تساهلنا في شيء من ذلك فانما معناه التشبيه أي هو كالمالك وفي الكفالة

السرخصى رحمه الله ليس هو بالزام على الكفيل بقول المطلوب بل هو بإيجاب المسال على الكفيل بكفالة لانه لما قيد الكفالة بالدوب مع علمه أن الذوب قد يحصل عليه باقراره فقد صار التزاماً لذلك بكفالاته (قوله فان كفيل بامر رجوع بما أدى) هذا اذا كان الأمر وهو المكفول عنه ممن يجوز اقراره على نفسه بالدين حتى أن المكفول عنه اذا كان صبياً محجوراً أو امر رجلاً بأن يكفل عنه فكفيل وادى لا يرجع على الصبي أصلاً وكذا العبد المحجور اذا أمر رجلاً بأن يكفل عنه فكفيل منه فأدى لا يرجع عليه الا بعد العتق واذا كفيل عن الصبي

رضى والضرر المرضي غير ضائر فثبت ان الكفالة بنوعها بما يقتضيه المقضى مع انتفاء المساع وكل ما هو كذلك فالقول بجوازها واجب ثم ان كفيل بامر رجوع بما أدى عليه لانه قضى دين غيره بامره ومن قضى دين غيره بامره يرجع عليه ولا ينتقض بما اذا كان المكفول عنه صبياً محجوراً عليه أو عبداً كذلك وأمر الكفيل فانه اذا أدى لا يرجع على الصبي أصلاً ولا على العبد مادام رقيقاً لان المراد بالامر ما هو معتبر شرعاً وما ذكرتم ليس كذلك ولا بما اذا قال لغيري ادعني زكاة مالي أو أطعم عني عشرة مساكين ففعل فقد أدى دين غيره بامره ولا يرجع عليه مالم يقل الأمر على أني ضامن لان المراد بالدين هو الدين الصحيح وما ذكرتم ليس كذلك على ما تقدم وان كفيل بغير امره لم يرجع

قال المصنف (لانه قضى دينه بامره) أقول المراد أمره المعهود (قوله لان المراد بالامر ما هو معتبر شرعاً وما ذكرتم ليس كذلك) أقول فيه تامل فانه لو لم يكن معتبراً لم يرجع على العبد بعد ما اعتسق ثم قوله لان المراد جواب لقوله ولا ينتقض الخ (قوله لان المراد بالدين هو الدين الصحيح) أقول جواب لقوله ولا بما اذا قال لغيري الخ

لانه متبرع بادائه والمتبرع لا يرجع وقال مالك الكفيل اذا أدى رجوع سواء كفله بامرء أو بغير امرء لان الطالب بالاستيفاء ملك المال من الكفيل أو أقامه مقام نفسه في استيفاء المال من الاصيل والجواب أن تملك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز وإذا كفله بامرء فبفسد الكفالة كما يجب المال للطالب على الكفيل يجب للكفيل على الاصيل ولكنه يؤخر إلى أدائه وهذا لا يكون عند كفالته بغير امرء (قوله رجوع بما أدى) اعلم أن الكفيل يملك المكفول به في فصول منها الاداء الى صاحب الدين ومنها به اياه ومنها ارثه ومنها صلحه اياه على جنس آخر فاما الفصل الاول فعلى نوعين أحدهما أن يكون أدى ماضين وفيه الرجوع بما أدى لانه أدى مثل ماضين والثاني أن يكون أدى خلاف ماضين كما إذا أدى ز يوفيا بـ ماضين من الجياد ويجوز له ذلك أو بالعكس من ذلك وفيه الرجوع بماضين لا بما أدى قال المصنف (لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب) والطالب لم يكن له أن يطالبه الا بما في ذمته فكذا من نزل منزلته وقاس ذلك على فصل الهبة وهو أن يهب المكفول له الدين الذي في ذمة المكفول عنه للكفيل فان الكفيل يملكه ويرجع على الاصيل بماضين وعلى فصل الميراث وهو أن يموت المكفول له ورثه الكفيل فانه يملك الدين ويرجع بماضين لقيامه مقام الطالب وفي بحث من وجهين (٣٠٥) أحدهما أن هبة الدين للكفيل تملك الدين من غير من عليه الدين

اذا الكفالة ضم ذمة تالي ذمته في المطالبة في الدين والثاني ان الهبة والميراث المملوك وأحد لا تعد فيه وهو ماضين وأما في الاداء بخلاف ماضين فقد تعدد الامر ولا يلزم من الرجوع بماضين فيما تعين الرجوع به فيما تعدد أعني مآدى وما ضمن والجواب عن الاول وجهين أحدهما أن تملك الدين من غير من عليه الدين يصح استحسانا اذا وهبه وأذن له في القبض فقبضه وهذا لان ذلك انما لا يصح لانه تملك لا يقدر على تسليمه واذا أذن له بالقبض صار كأنه أخرجه من الكفالة ووكاله بالقبض فقبضه ثم وهبه اياه وجبته

لانه متبرع بادائه وقوله رجوع بما أدى معناه اذا أدى ماضينه أما اذا أدى خلافه رجوع بماضين لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كما إذا ملكه بالهبة أو بالارث

بالامر يجب المال للكفيل على الاصيل حكم الكفالة كما وجب للطالب به على الكفيل لكن يؤخر إلى أدائه وهذا لا يكون في كفالته بلامرء (لانه متبرع) ولا يمكن اثبات المال في ذمة الطالب بل ارضاه ولذلك لا يرجع وقوله (رجوع بما أدى معناه اذا أدى ماضينه أما اذا أدى خلافه) فانما (رجوع بماضين) حتى لو كان الدين ز يوفيا فادى عنها جادا فانما يرجع بالز يوف أو كان الدين جادا فادى عنها ز يوفيا ونحو ز الطالب به فيرجع بالجياد بخلاف المأمور بأداء الدين فانه يرجع بما أدى ولو كان الدين جادا فادى ز يوفيا يرجع بالز يوف ولو كان ز يوفيا فادى جادا يرجع بالز يوف أيضا لان رجوعه بتحكم الامر ولم تدخل صفة الجودة فيما اذا كان الدين ز يوفيا تحت الامر أما الكفيل فانما يرجع بحكم الكفالة وحكمها أنه يملك الدين بالاداء فيصير كالطالب نفسه فيرجع بنفس الدين فصار كما إذا ملك الكفيل الدين بالارث بان مات الطالب والكفيل وارثه فان ماله عينه وكذا اذا وهب الطالب الدين للكفيل أو تصدق به عليه فانه يملكه ويطلب به المكفول بعينه فان قيل ينبغي أن لا تصح هبة الدين من الكفيل لان هبة الدين انما تصح من عليه الدين وليس الدين على الكفيل على المختار وبهذه المسئلة استدلت من قال ان الكفالة ضم في الدين أوجب بان هبة الدين من غير من عليه الدين انما لا تجوز اذ المياذن للغير في قبضه فاما اذا وهب الدين من آخر وأذن له في قبضه جاز استحسانا وهذا لما أدى الدين فقد سلطه الطالب على قبضه من المطلوب كذا قيل

المأذون بامرء وادى كان له أن يرجع بذلك عليه (قوله اما اذا أدى خلافه) بان كفله عن رجل بدرهم جادا وأعطى الطالب ز يوفيا رجوع مثل ماضينه على الاصيل لانه ملك الدين بالاداء كما إذا ملك بالهبة بان وهب المكفول له ماعلى المطلوب الكفيل وهبة الدين لغير من عليه الدين تصح اذا ساطع عليه في الجلة أو يجعل ذلك نقلا للدين منه مقتضى الهبة فيه فيصير هبة الدين ان عليه الدين وهو يمكن لان له ولاية نقل الدين اليه باحالة رب

(٣٩ - (فتح القدير والكفاية) - سادس) يكون تملك الدين من عليه الدين وهو جائز والثاني أن الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة اذا لم يكن هناك ضرورة وأما اذا كانت فيجوز أن يجعل في الدين وهبة نادرة وجدت ضرورة لان الهبة موضوعة للمالك ومن ضرورة ذلك أن يجعل الدين في ذمة الكفيل حتى يتملك ماعليه لا ماعلى غيره وأما من ذلك لان له ولاية نقل الدين اليه باحالة الدين عليه فامكن أن يجعل ذلك مقتضى تدمر فهم وهذا يرشد الى الفرق بين ابراء الدين وهبته له في أن ابراء لا يرتد بالرد والهبة ترتد به فان ابراء اسقاط محض كالعتاق والطلاق يكفي مؤنته بوجوب المطالبة وذلك موجود فلا يرتد بالرد والهبة تملك كانت تملك كاقضت ملكا مقدور التسليم وذلك في غير من عليه الدين غير متصور فست الحاجة الى نقل الدين ليصح التملك والتقليد يرتد بالرد فكلو وهب الدين من الاصيل صح الرد فكذا من الكفيل وعن الثاني بان التشبيه انما هو في نزول الكفيل منزلة الطالب وذلك موجود في الجية مع ثم اذن نزل منزله والطالب ليس له أن يطلب الا ماضين له فكذا من نزل منزلته وقاس ذلك على صور الحوالة وهو أن يحيل المديون طالبه على رجل ليس له عليه دين وأدى الى الحال عليه ذلك بخلاف ماضين فان الحال عليه ويرجع على المحيل بماضين لا بما أدى لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب

(قوله كما يجب المال للطالب على الكفيل) أقول فيه نفي فانه لا يرد على الكفيل في الاصل

(قوله بما ذكرنا في الحوالة) قبل يريده (٣٠٦) حوالة كفاية المنتهى (قوله بخلاف المأمور بقضاء الدين) جواب دخل تقريره الكفيل

لا يرجع الا اذا أدى باصر
المكفول عنه وحيث لا فرق
بينه وبين المأمور بقضاء
الدين والمأمور بجمع بما
أدى فكذلك الكفيل
وتوجهه أن يقال المأمور
بقضاء الدين لم يجب له على
الاكثر شيء حيث لم يلزم
بالكفالة فلا علك الدين
بالاداء حتى ينزل مسئلة
الطالب فيرجع بماضين
وانما الرجوع بحكم الامر
بالاداء فلا بد من اعتبارهما
فلو أدى الزئوف على الجياد
ويجوز له ذلك رجع بها
دون الجياد لان اداء المأمور
به لم يوجد وان عكس
فكذلك لان الامر لم يوجد
في حق الزيادة فكان متبرعا
بها وعلى هذا قوله رجع
بما أدى باطلا فله فيه تسامح
وأما اذا صالح الكفيل رب
الدين فهو على نوعين أحدها
أن يصلحه على أقل من
الدين كما اذا صالح عن
الالف على خمسمائة وفيه
يرجع بما أدى لا بماضين
لأنه اسقاط فكان ابراء فيها
وراء بدل الصلح وفيه
لا يرجع الكفيل على
المكفول عنه على ما ذكره
والثاني أن يصلحه على
جنس آخر وفيه علك الدين
فيرجع بماضين وسبق
قال (وليس للكفيل أن
يطالب المكفول عنه بالمال
الكفيل بالمال ليس له أن
يطالب المكفول به عنه قبل أن يؤدي عنه لان الموجب للمطالبة هو التملك وهو لا يملكه قبل

وكذا دام ملكه المحتال عليه بما ذكرنا في الحوالة بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما أدى لأنه لا يجب
عليه شيء حتى علك الدين بالاداء بخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الف على خمسمائة لأنه اسقاط
فصار كما اذا أبرأ الكفيل قال (وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه) لأنه
لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لأنه ان عقد بينهما مبادلة

والوجه أن يقال بعقد الكفالة سلطه على قبضه عند الاداء وانما اخترنا هذه العبارة لان بقبض الطالب من
الكفيل سقطت ولايته عن الدين الذي على المطلوب اذ صار ملكا له شرعا جبرا من غير اختيار من الطالب فلا
علك التسليم على مال ليس في ملكه والاوجه اما اعتبار الدين في ذمة الكفيل كما هو في ذمة الاصيل ويسقط عنهما
باداء أحدهما كما هو أحد القولين أو اعتباره كذلك عند الهبة تبحيها للتصرف واذا وهب الكفيل الدين لا بد
من قبوله بخلاف ما اذا أبرأ لان الواجب عليه المطالبة بالبراءة تسقط فلا يحتاج الى القبول ولا يرتد بالرد
وقوله (وكذا دام ملك المحتال عليه الدين) بالاداء الى المحتال بان أحال المدينون رجلا على رجل ليس له عليه دين
فقبل الحوالة وأدى فانه علك الدين الذي على المحيل فيرجع به لا بما أدى حتى لو أدى عروضا ودراهم عن
الدنانير لا يرجع الا بالدين كالكفيل وكذا الوهب المحتال الدين للمحال عليه أو تصدق به عليه أو ورثه المحتال
عليه من المحتال وقوله (كما ذكرنا في الحوالة) أي حوالة كفاية المنتهى (بخلاف المأمور باداء الدين فانه
يرجع بما أدى لأنه لم يملك الدين بالاداء) فانما يرجع بما أدى كما ذكرناه قريبا (وبخلاف ما اذا صالح
الكفيل الطالب عن الف) المكفول بها (على خمسمائة) حيث يرجع بما أدى وهو الخمسمائة لا بماضين
وهو الف (لأنه اسقاط) أو هو ابراء عن بعض الدين فيسقط البعض ولا ينتقل الى الكفيل وقوله (فصار
كألو أبرأ الكفيل) يعني عن خمسمائة وأخذ منه خمسمائة لا يرجع الكفيل على المكفول عنه
الاخذ خمسمائة فكذلك اذا صالح على خمسمائة عن الف لا يرجع الا بخمسمائة أو المعنى اذا أبرأ الكفيل
عن كل الدين لا يرجع بشيء فكذلك عن بعضه لا يرجع بخلاف ذلك البعض اعتبارا البعض بالكل (قوله
وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه لأنه) أي الكفيل (لا يملكه قبل الاداء
بخلاف الوكيل بالشراء حيث) له أن (يرجع) على الموكل بالثمن (قبل أن يؤدي عنه لأنه ان عقد بينهما مبادلة

الدين عليه فيثبت ذلك مقتضى تصرفهما أو بالذات بان مات الطالب فور ثمنه وكذا دام ملكه المحتال عليه بما
ذكرنا من الاسباب وذلك بان أحال على انسان ولم يكن على المحتال عليه دين فادى المحتال عليه دنانير أو عروضا
عن الدراهم الدين أو وهبه له المحتال له الدين أو تصدق عليه أو ورث منه فانه يرجع في ذلك كله على المحيل
بالدين لأنه ملك ما في ذمته بهذه الاسباب فيرجع على المحيل بما قبله منه بخلاف المأمور باداء الدين حيث
يرجع بما أدى لأنه لم يجب عليه شيء حتى يملكه بالاداء بل كان مقرضا فيرجع بما أدى اذا كان المؤدى مثل
المأمور بادائه أو دونه حتى ان من أمره بقضاء دينه وهو جياد فأدى زئوفا فتجوز لها من له الدراهم بجمع
المأمور بالزئوف على الأمر ولو أمره بقضاء دينه وهو زئوف فأدى الجياد رجع بالزئوف أيضا لان
الرجوع هناك بحكم الأمر بالاداء فلا بد من اعتبار الأمر وهو الاداء ففي الفصل الثاني لم يوجد الأمر في حق
الزيادة وفي الفصل الاول وان وجد الأمر لم يوجد الاداء كذا في النخبة وبخلاف ما اذا صالح الكفيل
الطالب عن الف على خمسمائة أي هناك يرجع على المكفول عنه بما أدى وهو خمسمائة درهم لا بماضين
وهو ألف درهم لان الصلح على أقل من جنس حقه ابراء الكفيل فيما وراء بدل الصلح والبراء اسقاط فلا
يرجع بالساقط بخلاف الهبة وانما قيد بقوله على خمسمائة درهم احترازا عما لو صالح على جنس آخر من
الدنانير أو العروض في ذلك يرجع على المكفول عنه بجميع الف التي كفل على ما يجي بعده هذا ان شاء
الله تعالى (قوله وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه) فرق بين هذا وبين الوكيل

حكيمية

يطالب المكفول به عنه قبل أن يؤدي عنه لان الموجب للمطالبة هو التملك وهو لا يملكه قبل

(قوله فلا بد من اعتبارهما) أقول فيه تأمل

الاداء فانتفى الموجب بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لان الموجب قد وجد في حقه حيث انفق بهما أي بين الموكل والوكيل
مبادلة حكمية ولهذا وجب التحالف اذا اختلفا في مقدار الثمن ولو وكيل ولا يتحسب المشتري عن الموكل لاجل الثمن كالبائع والمبادلة توجب الملك
الموجب لجواز المطالبة قال (فان لو زوم بالمال الخ) اذا لوزم السكفيل له أن يلزم المكفول عنه اذ لم يكن المكفول عنه مثل الدين في ذمة السكفيل
لانه هو الذي اوقعه في هذه الورطة فعليه خلاصه وكذا اذا حبسه كان (٣٠٧) له أن يحبسه اذا كانت الكفالة بامرره

وقال الشافعي رحمه الله ليس
له ذلك لانه لا يتعلق له حق
على الاصيل قبل الاداء وقبلنا
هو مورط فعليه الخلاص
فاذا ابرأ الطالب المكفول
عنه أو استوفى دينه برئ
السكفيل لانه ابرأ الاصيل
وابراء الاصيل يستلزم ابراء
السكفيل لان المطالبة
بوجود الدين وقد سقط
بالبراء فلم تبق المطالبة على
الاصيل وهو ظاهر ولا على
السكفيل لان الدين لم يكن
عليه في الصحيح ولم يكن عليه
الا المطالبة وقد انتهت بانتهاء
علمها وقوله في الصحيح
احتراز عن قول بعض المشايخ
بوجوب أصل الدين في ذمة
السكفيل أيضا على ما تقدم
ولا يتوهم أن على ذلك القول
براءة الاصيل لوجوب براءة
السكفيل فان ذلك بالاجماع
وبعمل بان الكفالة
لا تكون الا فيما هو مضمون
على الاصيل وقد سقط
الضمان عن الاصيل
بالاداء أو البراء فسقط
عن السكفيل أيضا لان
وجوب الضمان على
السكفيل فرع وجوبه على
الاصيل ولم يبق ذلك فلا يبق
هذا فان قيل قولهم براءة
الاصيل توجب براءة السكفيل
منقوض بما ذكره براءة

حكمية قال (فان لو زوم بالمال كان له أن يلزم المكفول عنه حتى يخلصه) وكذا اذا حبس كان له أن يحبسه
لانه لحقه ما لحقه من جهته فيعامل به بمثله (واذا ابرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى منه برئ السكفيل) لان
براءة الاصيل توجب براءة السكفيل لان الدين عليه في الصحيح (وان ابرأ السكفيل لم يبرأ الاصيل عنه) لانه تبع
ولان عليه المطالبة ببقاء الدين على الاصيل بدونه جائز (وكذا اذا اخرج الطالب عن الاصيل

حكمية) فان الموكل لا يستفيد الملك الا من قبل الوكيل فكان الوكيل كالبايع واذا كان له حبس المشتري قبل
قبض الثمن وللبائع المطالبة بالثمن قبل تسليم المبيع فكذا الوكيل (فان لو زوم) السكفيل (بالمال فله أن يلزم
المكفول عنه) اذا كانت الكفالة توجب الرجوع (حتى يخلصه) وكذا اذا حبس كان له أن يحبسه (خلافا
لشافعي في الاظهر قال لانه لا دين له عليه اذ الدين لا ينتقل اليه الا بالاداء ولم يؤد بعد وقتنا ملازمته وحبسه
معه كجائز أن يكون للدين جائز أن يكون لانه الذي أدخله في ذلك فعليه خلاصه والا فيعامل به بمثل ما عامله
به (قوله) واذا ابرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى منه حقه برئ السكفيل لان براءة الاصيل توجب
براءة السكفيل (بالاجماع) لان الدين عليه (أي على الاصيل) (في الصحيح) خلافاً لذكران الدين في
ذمة السكفيل كذا قيل وليس لهذا الخلاف أثر هنا بل القائل ان الدين في ذمة السكفيل والقائل بانه ليس
الا في ذمة الاصيل قائل بان براءة الاصيل توجب براءة السكفيل لان ضمان السكفيل بشرط بقاء ضمان
الاصيل ويستلزم قبول الاصيل أو موافقه قبل القبول والرد فان ذلك يقوم مقام لقبول ولو رده ارتدودين
الطالب على حاله واختلف المشايخ ان الدين هل يعود الى السكفيل أم لا في بعضهم يعود وبعضهم لا بخلاف
السكفيل فانه اذا ابرأ صح قبل أو لم يقبل ولا يرجع على الاصيل لما ذكرنا فرقنا بين ابرأ الاصيل أو هبته
أو التصديق عليه بعدم موافقه فعند أي يوسف القبول والرد لا ورثة فان قبلوا صح وان ردوا ارتد وقال بجده لا يرتد
بردهم كالأبرأ هم في حال حياته ثم مات وهذا يختص بالأبراء (وان ابرأ السكفيل لم يبرأ المكفول عنه لان
عليه) أي على السكفيل (المطالبة) دون الدين (وبقاء الدين بدونه) أي بدون المطالبة على تاويل الطالب
(جائز) فلم يلزم من عدم المطالبة عدم الدين على الاصيل فلا يبرأ الاصيل ببراءته (وكذا اذا اخرج عن الاصيل

بالشراء فان له أن يطالب الموكل بالثمن قبل أن يؤدي ولو جه فيه أن السكفيل ملتزم للمطالبة وانما يملك
الدين بالاداء وقبل الاداء لا ملك له فلا يرجع عليه فأما في باب الشراء فالوكيل من الموكل ينزل منزلة البائع
من المشتري حتى لو اختلفا في مقدار الثمن يخالفان ولو وكيل ولا يهتسب المشتري عن الموكل لاجل الثمن
فكان الوكيل بالشراء بمنزلة البائع فصار كان الوكيل اشترى شيئا وقبضه ولم يدفع الثمن وباع من غيره
فلا يشتري الاول أن يطالب الثمن من المشتري الثاني قبل أن يتقدم هو الثمن الى البائع الاول (قوله) لان الدين
عليه في الصحيح) احتراز عما قال بعضهم بوجوب أصل الدين في ذمة السكفيل (قوله) لان عليه المطالبة) أي
على السكفيل المطالبة دون الدين عندنا وهي تابعة للدين فكان من ضرورة سقوط الدين سقوط المطالبة
اذا المطالبة بالدين ولادين بحال فلزم من ابراء الاصيل ابراء السكفيل وليس من ضرورة سقوط المطالبة وهي
فرع الدين سقوط الاصل وهو الدين والاي لزم جعل التبع أصلاً والاصل تبعاً فلم يلزم من ابراء السكفيل ابراء
الاصيل (قوله) وكذا اذا اخرج) الى قوله لان التأخير ابراء موقت فيعتبر بالأبراء المؤبد أي فيما بين الاصيل
والسكفيل فاما الأبراء الموقت والمؤبد فيحق السكفيل فان الأبراء المؤبد لا يسقط السكفيل لا يرتد برده وأما

الاصيل في ابتداء الكفالة فان براءة الاصيل فيه موجوده ولم توجب براءة السكفيل قلنا لا نقض في ذلك فانما قلنا ان براءة الاصيل توجب براءة
السكفيل واذا شرط براءة الاصيل في ابتداء الكفالة لم يبق هناك سكفيل بل الباقى اذ ذالك محال عليه ولم يقل بان براءة الاصيل توجب براءة المحال عليه
(وان ابرأ الطالب السكفيل لم يبرأ الاصيل) لان على السكفيل المطالبة دون أصل الدين وسقوط المطالبة عنه لا يوجب سقوط أصل الدين لان بقاء
الدين على الاصيل بدون الطالب أو بدون السكفيل جائز لأن في حق السكفيل انه لو مات السكفيل ماسقط الدين عن الاصيل (وان اخرج الطالب عن الاصيل

فهو تأخير عن كفيله وإن أخر عن كفيله لا يكون تأخير عن الأصل لأن التأخير إبراء مؤقت (لا سقوط المطالبة إلى غاية) فيعتبر بالإبراء المؤبد) ورد بان هذا اعتبار مع عدم التساوي (٣٠٨) وهو باطل لأن التأخير لا يرد الإبراء المؤبد بل يرد بالإبراء المؤقت وتسقط

عنه المطالبة ولو رد الإبراء المؤقت ارتد بالرد ووجب عليه أداء ما ضمنه حالا والجواب أن اعتبار شيء بغيره لا يستلزم التساوي بينهما من كل وجه واللا يبيح الاعتبار نعم يحتاج إلى ذكر فارق عند من يقول بجوازها بين قبول أحدهما الرد دون الآخر وهو ما ذكره أن الإبراء المؤبد ساقط محض في حق الكفيل لا تملك فيه حيث لم يكن عليه الإيجار مطالبة والسقوط المحض لا يقبل الرد كاسقاط الخيار وأما الإبراء المؤقت فهو تأخير مطالبة ليس فيه اسقاط ولهذا يعود بعد الأجل والتأخير قابل للرد (قوله بخلاف ما إذا كفل) يجوز أن يكون جواب دخول تقريره لا سلم أن التأخير عن الكفيل لا يكون تأخير عن الأصل فإن الكفيل إذا كفل بالمال الحال مؤجلا إلى شهر فإنه يكون تأخير عن الأصل ووجه ذلك أنه ليس بتأخير عن الكفيل بل هو تأخير لأصل الدين لأنه لما شرط التأجيل في ابتداء الكفالة ولم يكن حينئذ حق للمطالب سوى الدين لأن المطالبة الحاصلة بالكفالة لم تثبت بعد تعيين تأخيرها وإذا كان تأخير

فهو تأخير عن كفيله ولو أخر عن الكفيل لم يكن تأخير عن الأصل لأن التأخير إبراء مؤقت فيعتبر بالإبراء المؤبد) فإن قبل الإبراء المؤبد لا يرد الكفيل والموقت يرد الإصيل يردان كلاهما والجواب أن الفرق بينهما في حكم لا يستلزم الفرق بينهما في كل حكم وسبب الافتراق في ذلك الحكم وهو الارتداد بالرد عليه ما ذكر في الذخيرة أن الإبراء المؤبد ساقط محض في حق الكفيل ليس فيه تعليق مال أساذ كمران الواجب بالكفالة بمجرد المطالبة والسقوط المحض لا يحتمل الرد لتلاشي السقوط كاسقاط الخيار وأما الإبراء المؤقت فهو تأخير مطالبة وليس باسقاط لأن التأخير عن الإصيل لا يبطال بخلاف الاسقاط المحض فإذا عرف هذا فالأصل يقبل الكفيل التأخير وأما الإصيل فالحال يبطال به للعالم وهذا (بخلاف ما لو كفل بالمال) أي بالدين (الحال مؤجلا إلى شهر) لأنه (قوله) يتأجل عن الإصيل (إلى شهر) لأنه) أي المكفول له (لاحق له حال الكفالة إلى الدين) فلا يسأل إذا كان حتى يقبل التأجيل سواء (فكان الأجل) الذي بشرطه الكفيل (داخل فيه) فبالضرورة يتأجل عن الإصيل (أما ههنا) وهو ما إذا كانت الكفالة نابتة قبل التأجيل (فخلافه) لأنها تقر حكمها قبل التأجيل أنه جواز المطالبة ثم طرأ التأجيل عن الكفيل فنصرف إلى ما تقر عليه بالكفالة وهو جواز المطالبة (قوله) فإن صالح الكفيل رب المال عن الألف على (خمس مائة) أن شرط براءة جميعا عن الخمس مائة أو شرط براءة المطلوب براءة جميعا أو شرط براءة الكفيل وحده برئ الكفيل عن خمس مائة والألف بتمامها على الإصيل فيرجع الكفيل بخمس مائة أن كان بامره والطالب بخمس مائة بخلاف ما لو صالحه على خمس مائة على أن يهبه الباقي حيث يرجع الكفيل بالف وان لم يشترط براءة واحد منهما لم يزد على قوله صالحك عن الألف على خمس مائة وهي مسألة الكتاب (برئنا جميعا) عن خمس مائة (لأنه) أي الكفيل (أضاف الصلح إلى الألف الدين وهو) أي الدين (على الإصيل) فيبرأ الإصيل (من خمس مائة) ومن ضروريته يبرأ الكفيل منها على ما ذكرنا ويرجع الكفيل على الإصيل بالخمس مائة التي أوفاهما ولا خلاف في هذا (بخلاف ما لو صالح بجنس آخر) أي الصلح بجنس آخر (مبادلة) فيملكه) أي الدين (فيرجع بجميع الألف) وعند الأئمة الثلاثة يرجع بالأقل من الدين ومن قيمة السلعة التي الإبراء المؤقت يرد ويكفي الدين عليه حالان الإبراء المؤبد ساقط في حقه والسقوط بالرد وأما الإبراء المؤقت فهو تأخير المطالبة وليس باسقاط لأن التأخير عن المطالبة يعود بعد الأجل والتأخير قابل للإبطال بخلاف الاسقاط المحض (قوله) وأما ههنا فخلافه) لأن تأخير الكفيل بعدما كفل حال تأخير المطالبة عن الكفيل إذا ملتزم بالكفالة المطالبة فكان تأخير الملتزم فلا يثبت التأخير في حق الدين لأن الدين لم يذكر في معرض التأجيل وأما في هذه المسألة فذكر الدين في معرض التأجيل أوجب المطالبة عليه ابتداء موجهة ولن يكون عليه مؤجلا ابتداء الأبعد ثبوت التأجيل في حق الإصيل لأن حالة وجود الكفالة لاحق بقبول الإصيل إلا الدين فيؤجل في حقهما (قوله) فإن صالح الكفيل رب المال من الألف على خمس مائة إلى آخره

الأصل الدين وهو في ذمة الإصيل تأخر عنه وعن الكفيل جميعا (أما ههنا) أي فيما إذا حل بعد الكفالة فإنما كان التأخير المطالبة الحاصلة بالكفالة ولا يلزم من ذلك تأخير أصل الدين قال (فإن صالح الكفيل رب المال الخ) لصالح الكفيل رب المال على أقل من قدر الدين بجنسه على أربعة أوجه هو أن يشترط براءة جميعا أو براءة المطلوب خاصة أو براءة الكفيل خاصة أو لم يشترط

شي من ذلك في الاول والثاني برئاجيعا وفي الثالث برئ الكفيل عن خمسة مائة لاغير والالف بحاله على الاصيل والطالب بالخيار ان شاء تحذف
جميع دينه من الاصيل وان شاء أخذ خمسة مائة من الكفيل وخمسة مائة من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما أدى ان كان
الصالح والكفالة باصرة وفي الرابع وهو مسئلة الكتاب فان قال الكفيل للطالب (٣٠٩) صالحتك عن الالف على خمسة مائة ولم

يزد على ذلك برئاجيعا عن
خمس مائة لان اضافة الصلح
الى الالف اضافة الى ما على
الاصيل حيث لم يكن على
الكفيل سوى المطالبة
فبرئ الاصيل من ذلك
وبرأه فوجب براءة الكفيل

لما تقدم ثم برئاجيعا عن
خمس مائة بأداء الكفيل

ويرجع الكفيل عني
الاصيل بما أدى لانه أوفى
هذا القدر باصره وان قال

صالحتك عما استوجب
بالكفالة فكان فصحا

للكفالة لاسقاط الاصيل
الدين فان أخذ الطالب
خمس مائة من الكفيل

ان شاء والباقي من الاصيل
ويرجع الكفيل على
الاصيل بما أدى ومصلحته

ايه بخلاف الجنس فليكن
لاصل الدين منه بالبدالة
فيرجع بجميع الالف

واعترض بأنه يلزم تخليص
الدين من غير من عليه
الدين وذلك لا يحسوف

وأجيب بأنه جعل الدين
في ذمة الكفيل لتفسير
الدنانير بدلا من الدين

ويكون تخليص الدين من
عليه الدين وتكون البراءة
مشروطة بالكفيل فيرجع

على الاصيل لان براءة
الكفيل لا توجب براءة
الاصيل بخلاف ما اذا صلح

ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل لان هذا ابراء الكفيل عن المطالبة قال (ومن قال
الكفيل ضمن له مالا قد برئت الى من المال يرجع الكفيل على المكفول عنه) معناه بما ضمن له باصره لان
البراءة التي ابتدأها من المطلوب وانتهأها الى الطالب لا تكون الا بالايفاء فيكون هذا اقرارا بالاداء
فيرجع (وان قال أبرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه) لانه براءة لا تنتهى الى غيره وذلك بالاسقاط
فلم يكن اقرارا بالايفاء ولو قال برئت قال بمجرد حسمه الله هو مثل الثاني لانه يحتتمل البراءة بالاداء اليه والبراءة
فيثبت الادنى

صالح به لانه أوفى هذا القدر ولا يجعل الصلح بخمس مائة لا يجعل عوضا عن الالف لاساقبه من
الربا ولا يمكن تخليصها من الكفيل لان تخليص الدين من غير من عليه الدين لا يجوز ولا يمكن أن تجعل واجبة في
ذمة الكفيل تصحح الصلح مع الكفيل حتى تصير البراءة عن خمسة مائة مشروطة للكفيل كالوصال على خلاف
الجنس لان وجودها في ذمة الكفيل عند الحاجة الى التخليص وفي خلاف الجنس يحتاج الى التخليص وفي الجنس
لا يحتاج لمناقض من الربا بل هو اسقاط الجنس مائة فكانت البراءة عن خمسة مائة مشروطة للاصيل فتسقط
عنها ثم يرجع الكفيل على الاصيل بخمس مائة اذا كان كفلا باصره (ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة
لا يبرأ الاصيل لان الواجب بالكفالة المطالبة والبراءة منها من الكفالة فيبقى حال المطالبة على ما كان قبل
الكفالة وجعل في النهاية صورة هذه المسئلة ما في المبسوط لوصال على مائة على ابراء الكفيل خاصة من الباقي
يرجع الكفيل على الاصيل بمائة ويرجع الطالب على الاصيل بتسعة مائة لان ابراء الكفيل فسخ للكفالة
(قوله ومن قال لكفيل ضمن له مالا) باصره المكفول عنه (قد برئت الى من المال يرجع الكفيل على المكفول
عنه) بجميع الدين لان لفظ لا ينهاه الغاية والمتمم وهو رب الدين هو المنتهى في هذا التركيب
فلا بد أن يكون ثم مبتدأ وليس الا الكفيل المخاطب فاذا التركيب براءة من المال مبتدأها من الكفيل
ومنتهاها صاحب الدين وهذا معنى الاقرار من رب الدين وبالقبض من الكفيل كانه قال دفعت الى فلا
يرجع على واحد منهم ما ويرجع الكفيل على الاصيل ان كان كفلا باصره والحالة كالكفالة في هذا
وهنا ثلاث مسائل أحدها هذه والثانية قال أبرأتك من المال ليس اقرارا بالقبض حتى كان للطالب

المسئلة على أربعة أوجه ان شرط ابراء ما في الصلح براءة ما جيعا عن خمسة مائة وان شرط ابراء المطلوب فذلك
يبرأ ان جيعا وان شرط ابراء الكفيل لاغير برئ الكفيل عن خمسة مائة لاغير وان لم يشترط في الصلح براءة
واحد منهم جاب أن قال الكفيل للطالب صالحتك عن الالف على خمسة مائة ولم يزد على هذا وهي مسئلة الكتاب
برئاجيعا لان اضافة الصلح الى الالف اضافة الى ما على الاصيل فأوجب براءة فيبرأ الكفيل ضرور ويرجع
الكفيل على الاصيل بخمس مائة ان كانت الكفالة باصره لانه أوفى هذا القدر بخلاف ما اذا صلح على جنس
آخر لانه مبادلة فمليك فيرجع بجميع الالف ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة أي ماوجب
بالكفالة وهي المطالبة صورته ما ذكر في المبسوط انه لو صلح على مائة درهم على أن يبرأ الكفيل خاصة من
الباقي يرجع الكفيل على الاصيل بمائة ويرجع الطالب على الاصيل بتسعة مائة لان ابراء الكفيل يكون
فسخا للكفالة ولا يكون اسقاطا لاصل الدين (قوله فيثبت الادنى) وهو براءة الكفيل بدون الايفاء وذلك
لان قوله برئت يحتمل البراءة بالقبض ويحتمل البراءة بالاداء فقد تيقنا بحصول البراءة بأي أمر كان وشككنا

على خمسة مائة حيث لا يمكن أن تكون خمسة مائة بدلا عن الالف لكونه رافيا في ذمة الاصيل والبراءة مشروطة وبراءة فوجب براءة الكفيل
فيبرأ عن خمسة مائة ويرجع الكفيل على الاصيل بخمس مائة اذا كفلا باصره كما ذكرنا قال (ومن قال لكفيل ضمن له مالا الخ) ذكره هنا ثلاث
مسائل تتعلق بالبراءة أحدها ما ذكره في ابتداء البراءة من المطلوب وانتهأها الى الطالب والثانية أن يذكر ابتداءها من الطالب والثالثة بالعكس

(قوله ان كان الصلح والكفالة باصره) أقول لو جوب كون الصلح باصره تامل

فلاولى أن يقول الكفيل ضمن له بامر ملا قدر ثرت الى من المال وفيها يرجع الكفيل على الاصيل لما ذكر ان البراءة التي يكون ابتداءؤها من المطلوب أى الكفيل وانتهائها الى الطالب لا تكون الا بالايغاء فكأن بمنزلة أن يقول دفعته الى المال أو قبضته منك وهو اقرار بالقبض فلا يكون لرب الدين مطالبة من الكفيل ولا من الاصيل و يرجع الكفيل على الاصيل والثانية أن يقول أبرأتك وفيها لا رجوع للكفيل على الاصيل ولكن لرب الدين أن يطلب ماله من الاصيل لان ما دل عليه اللفظ براءة لا تنتهي الى غيره وذلك بالاستقاطح فلا يكون اقرارا بالايغاء وهاتان بالاتفاق والثالثة أن يقول برئت ولا يزيد عليه فقد اختلف فيه قال محمد رحمه الله هو مثل أن يقول أبرأتك لانه يحتمل البراءة بالاداء والبراءة بالابراء والثانية إذا ناهما فتثبت (قوله ولا يرجع الكفيل بالشك) يجوز أن يكون دلالة آخر وتوجهه أن يقال يتقن بالتسكول البراءة بأى الامرين كان وشكك في الرجوع لان البراءة ان كانت بالاداء يرجع الكفيل وان كانت بالابراء لم يرجع فلا يرجع بالشك وقال أبو يوسف هو مثل أن يقول برئت الى لانه أقر (٣١٠) ببراءة ابتداءها من المطلوب فانه ذكر حرف الخطاب وهو الناء وذلك انما يكون بفعل

اضاف اليه على الخصوص كما اذا قبضت وقعت وشكك في الاصل وهو فيما نحن فيه الايقاع لانه يضع المال بين يدي الطالب ويحلى بينه وبين المال فتقع البراءة وان لم يوجد من الطالب صنع فاما البراءة بالابراء فما لا يوجد بفعل الكفيل لا فصاحة وقيل أبو حنيفة مع أبي يوسف رحمه الله في هذه المسئلة وكان المصنف اختاره فانه وهو أقرب الاحتمالين فالصير اليه أولى وقيل في جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان اليه لانه هو المجهل وأما اذا كان غائبا فلا استدلال على الوجوه المذكورة واعترض وجهين أحدهما هو أن المجهل لا يمكن العمل به الا ببيان المجهل وقد ظهر مما ذكرنا أن العمل به يمكن والثاني أن حكم المجهل التوقف قبل البيان وهما قد اتفقا على العمل في الوجه الاول والثاني بالاثبات والنفي فكيف يكون مجمل انتفاء لازمه أحجب بان قوله برئت الى وان كان بمنزلة الصريح في حق ايقاع الكفيل وقبض الطالب من حيث الاستدلال لكنه ليس بصريح في نفسه بل هو قابل للاستعارة بان يقال برئت الى لاني أبرأتك وان كان بعيدا عن الاستعمال وما ذكره في تعليل الوجه الثلاثة استدلالا للصريح في الايقاع وغیر الايقاع فكان العمل به عند العجز عن العمل بالنص فلما أمكن العمل بصريح البيان من الطالب في ذلك سقط العمل بالاستدلال وان كان واضحا في دلالة على المراد وكونه غير صريح في الايقاع والابراء هو الذي سوغ استعمال لفظ المجهل والرجوع الى بيان الطالب صريحا وقت حضوره ليكون العمل به بلا دليل لاشبهته فيه وهذا تطويل لا طائل تحته ان كان المراد بالمجهل المجهل الاصطلاحي وان كان المراد به المجهل اللغوي وهو ما كان فيه اجماع فالحط اذا همونا

قال المصنف (لانه براءة لا تنهى الى غيره) أقول الضمير في قوله لانه راجع الى ما في ضمن أبرأتك من البراءة والمعنى لان البراءة الحاصلة بأبرأتك براءة لا تنهى

قال المصنف (لانه براءة لا تنهى الى غيره) أقول الضمير في قوله لانه راجع الى ما في ضمن أبرأتك من البراءة والمعنى لان البراءة الحاصلة بأبرأتك براءة لا تنهى

قال (ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط الخ) تعليق البراءة من الكفالة بالشرط مثل أن يقول ذا الجاه غدا فأنشأ من الكفالة لا يجوز لأنهم ليست باسقاط محض لما فيه من معنى التملك كافي سائر البراءة والتعلق إنما يصح في الاسقاط المحض ورد بما لو كفل بالمال وبالنفس وقال إن وافقتك به غدا فأنشأ من المال فوافاه من الغد فهو يرى من المال فقد جازى تعليق البراءة عن الكفالة بالمال عوافة الملك قول به والمسئلة في الايضاح وروى أنه يصح لأنها اسقاط محض كالطلاق لأن على الكفيل المطالبة دون الدين على الصحيح ولهذا لا يرتد البراءة عن الكفيل بالرد بخلاف إبراء الاصيل والاسقاط المحض يصح تعليقه وقيل في وجه اختلاف الروايتين أن عدم الجواز إنما هو إذا كان الشرط شرطاً محضاً لا منفعة للطالب فيه أصلاً كقوله إذا جاء غدا ونحوه لأنه غير متعارف فيما بين الناس كالأجور تعليق الكفالة بشرط ليس للناس فيه تعامل فاما إذا كان بشرط فيه منع للطالب وله تعامل فلعلي البراءة به صحيح كالمسئلة المنقولة من الايضاح فإن الطالب له فيه نفع لما فيه من إبراء بعض واستيفاء بعض ومثله متعامل ألا ترى أن صاحب الدين إذا قال عمل خمسة إن علي أنى أبرأتك من الباقي كان صحيحاً وإن علق البراءة على البعض بتجديد البعض فإيه عدم الجواز فجعله على ما إذا كان الشرط شرطاً محضاً غير متعامل ورواية الجواز على ما قبله قال (وكل حق لا يمكن استيفاءه من الكفيل لا تصح الكفالة به الخ) ذكر ضابطاً لما لا تصح الكفالة به ومعنى قوله لا يمكن لا يصح لأن إمكان الضرب أو خلو الرقبة ليس بمنتهى استحالة لكنه لا يصح (٣١١) شرعاً وعبر عنه بعدم الامكان

مبالغة في نفي الصحة فإذا كفل رجل عن آخر بما عليه من الحدود والقصاص لم تصح كفالاته حيث لا يصح الاستيفاء منه لأن الاستيفاء يعتمد الإيجاب عليه وهو متعذر إذا وجوب عليه أما أن يكون أصالة والغرض خلافه أو نيابة وهي لا تجزى في العقوبات قالوا لأن المقصود هو الزجر وهو بالاقامة على النائب يحصل وفيه تشكيك وهو أن الزجر إما أن يكون للجاني بأن لا يعود إلى مثل ما فعل أو لغيره فإن كان الأول فقد لا يحصل

قال ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط (لما فيه من معنى التملك كافي سائر البراءة) وروى أنه يصح لأن عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان اسقاطاً محضاً كالطلاق ولهذا لا يرتد البراءة عن الكفيل بالرد بخلاف إبراء الاصيل قال (وكل حق لا يمكن استيفاءه من الكفيل لا تصح الكفالة به كالحسد والقصاص) معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد لأنه يتعذر إيجابه عليه وهذا لأن العقوبة لا تجزى فيها النيابة قال (وإذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز) لأنه دين كسائر الديون

(قوله ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط) أي بالشرط المتعارف مثل أن تجلت على البعض أو دفعت البعض فقد أبرأتك من الكفالة أما غير المتعارف فلا يجوز كالأجور تعليق الكفالة به فاسقط السؤال القائل بيشكل بما إذا قال الكفيل بالمال على أنى إن وافقتك به غدا فأنشأ من المال فوافاه برىء من المال لأن هذا شرط ملام على أنه لا وروده لأن الغرض أن فيه روايتين فهذا الفرع شاهد أحدهما (و روى أنه يجوز) وهو أوضح لأن المنع لمعنى التملك وذلك يتحقق بالنسبة إلى المطلوب أما الكفيل فالتحقق عليه المطالبة (فكان) إبراءه (اسقاطاً محضاً كالطلاق ولهذا لا يرتد البراءة من الكفيل بخلاف الاصيل) لا يصح تعليقه لأن فيه معنى تملك المال وقوله (وكل حق لا يمكن استيفاءه من الكفيل لا تصح الكفالة به ك) نفس (الحسد ودو) نفس (القصاص) إذا يقتل

لجئت الكتابة به إقراراً بالقبض عرفاً (قوله لما فيه من معنى التملك) وهذا على قول من يقول بشيوع الدين على الكفيل ظاهر وكذا على قول غيره لأن فيها تملك المطالبة وهي كالدين لأنها وسيلة اليه والتملك لا يقبل التعليق بالشرط (قوله لأن العقوبة) لا تجزى فيها النيابة لأنه لا يحصل المقصود بها وهو الزجر (قوله

المقصود كما ترى بعض المهتكمين يعودون إلى الجنابة وإن كان الثاني فقد يحصل المقصود بالاقامة على النائب هذا في الحدود وأما في القصاص فالأول منتف قطعاً لعدم تصوره بعد الموت أصلاً لا محالة والثاني كافي الحدول على ذلك بالإجماع أولى فإنه لم يرد عن أحد من أهل الخلاف في حرمانه في العقوبات فيكون التشكيك حينئذ تشكيكاً في المسلمات وهو غير مسموع قال (وإذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز الخ) الكفالة بالثمن عن المشتري جائزة بخلاف لأنه دين صحيح كسائر الديون وعلى هذا يكون ذكره في هذا الذكر الكفالة بالمبيع والاعيان المذكورة بعده وأعلم أن الاعيان بالنسبة إلى جواز الكفالة بها تنقسم بالقسم الأولية إلى ما هو أمانة لا يضمن كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة وإلى ما هو مضمون ثم ينقسم إلى ما هو مضمون بغيره كالمبيع والمهر والى ما هو مضمون بنفسه كالمبيع بيعاً فاسداً والمقبوض على سوم الشراء والمقبوض والكفالة بها كلها إما أن تكون بذواتها أو بتسليمها فإن كان الأول لم تصح الكفالة فيما يكون أمانة أو مضموناً بالغير وتصح فيما يكون مضموناً بنفسه عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله فعلى هذا لا تجوز الكفالة بالمبيع عن البائع بأن يقول الكفيل للمشتري إن هلك المبيع فعلي بدله لأنه عسرين مضمون بغيره وهو الثمن ولا بالمهر لأنه مضمون بالدين ولا بالوديعة (قوله فإن كان الأول) قول ويجوز أن يعكس فيتين بمطلان الأول بما ذكره في وجهه بطلان الثاني وبالعكس بل هذا أظهر (قوله فقد لا يحصل المقصود) أقول تأمل فإن عدم الحصول ناد ولا بصراً

والمستعار والمستاجر لانها امانة وتجوز في المبيع بعافا سدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب ويجب على الكفيل تسليم العين مادام قائما وتسليم قيمته عند الهلاك لان اعيان مضمونة بعينها ومعنى ذلك ان تجب قيمتها عند الهلاك والم تجب قيمته عند الهلاك فهو مضمون بغيره كما ومنع الشافعي رحمه الله الكفالة بالاعيان مطلقة بناء على أصله أن موجب الكفالة التزام أصل الدين في الذمة فكان محلها الدين دون الاعيان وان شرط صحتها قدرة الكفيل على الايفاء من عنده وذلك يتصور في الدين دون الاعيان وقلنا بناء على أصلنا ان الكفالة تضم ذمة الذمة في المطالبة والمطالبة تقتضي أن يكون المطلوب مضمونا على الاصيل لا بحالة والامانات ليست كذلك والمضمون بغيره كالبيع المضمون بالثمن والمرهون والمضج والمضج غير مضمون على الاصيل حتى لو هلك المبيع في يد البائع سقط الثمن وانفسخ العقد ولو هلك الرهن في يد المرتهن صار مستوفيا لدينه ولا تلزمه مطالبة فلا تتصور الكفالة وان كان الثاني أعني الكفالة بتسليم الاعيان المذكورة ما كان مضمونا بغيره كالبيع اذا كفل بتسليمه (٣١٢) قبل قبضه بعد نقد الثمن والمرهون اذا كفل عن المرتهن بتسليمه الى الرهن بعد استيفاء

(وان تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح) لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالاعيان المضمونة وان كانت تصح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لكن بالاعيان المضمونة بنفسها كالبيع بعافا سدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب بالاعيان كان مضمونا بغيره كالبيع والمرهون ولا بما كان امانة كالوديعة والمستعار والمستاجر ومال المضاربة والشركة ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض أو بتسليم الرهن الكفيل بدلا عن المكفول عنه ولا يضرب وتقدم (قوله وان تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح عندنا خلافا للشافعي) اعلم أن الاعيان امام مضمونة على الاصيل أو غير مضمونة بغير المضمونة كالوديعة ومال المضاربة والشركة والعارية عندنا والمستاجر في يد المستاجر والمضمونة امام مضمونة بغيرها كالبيع قبل القبض فانه وان تكفل عن البائع بالمبيع على معنى انه لو هلك فعلى يده لم يصح (قوله لانه عين مضمون بغيره) وهو الثمن وهذا لانه لو كفل المبيع قبل القبض في يد البائع لا يجب على البائع شيء وانما يسقط حقه في الثمن واذا كان المبيع مضمونا على البائع يسقط حقه في الثمن لان نفسه لا يمكن تحقق معنى الكفالة اذ هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة ولا يتحقق الضم بين المختلفين فان ما ثبت على الاصيل وهو سقوط حقه في الثمن لا يمكن اثباته في حق الكفيل وما أمكن اثباته على الكفيل من كونه مضمونا عليه بالقيمة لا يمكن اثباته على الاصيل بخلاف الكفالة بتسليم المبيع حيث يصح تحقق معنى الضم فيها ونفاير الكفالة بالبيع الكفالة بتسليم الكتابة حيث لا يمكن الايجاب على الكفيل على ما وجب على الاصيل وفي التحفة الكفالة بامانة بغير واجب التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة لا تصح أصلا والكفالة بامانة واجب التسليم كالعارية والعين المضمونة بغيره كالبيع والمرهون تصح الكفالة بتسليم العين ومتى هلك لا يجب شيء وفي الايضاح وأما العارية فعينها غير مضمونة وتسليمها مضمون فان ضمن التسليم جاز وفي الذخيرة الكفالة بتمكين المودع من الاخذ صححة (قوله خلافا للشافعي رحمه الله لكن بالاعيان المضمونة بنفسها) أي بغيره قال الشافعي رحمه الله لا تصح الكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها والكلام فيه مرجع الى الاصل الذي ذكرنا ان عند الخصم موجب الكفالة التزام أصل الدين في الذمة فكان محل الكفالة الدين لا الاعيان ولان من شرط صحة الكفالة ان يكون الكفيل قادرا على الايفاء من عنده وهذا متصور في الدين ونحن نقول بان الكفالة تضم الذمة الى الذمة في التزام ما كان مضمونا على الاصيل ورد العين مضمون على الاصيل فصح الالتزام من الكفيل (قوله ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض) أي بعد دفع الثمن الى البائع أو بتسليم الرهن بعد

المرتهن الدين جاز وذكر في الذخيرة أن الكفالة عن المرتهن للرهن لا تصح سواء حصلت الكفالة بعين الرهن أو برده حتى قضى الدين ولعل محله اختلاف الروايتين فان هلك المبيع فلا شيء على الكفيل لان العقد قد انفسخ ووجب على البائع رد الثمن والكفيل لا يضمن الثمن وان هلك الرهن عند المرتهن فكذلك لان عين الرهن ان كان بعد ايراد الرهن أو زفدا عليه والزيادة عليه من مالته كان امانة في يد المرتهن ولا ضمان فيها وما كان امانة فان كان غير واجب التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة فان الواجب فيها عدم المنع عند الطلب لا التسليم ولا تجوز الكفالة بتسليمه لعدم وجوبه كما لا تجوز بعينها وان كان واجب التسليم للمستاجر بقض الجيم اذا ضمن رجل تسليمه الى المستاجر استاجر

كن دابة ويجعل الاجر ولم يقضها او كفل له بذلك كفيل صححت الكفالة والكفيل مؤاخذ بتسليمها مادامت حية فان هلكت فليس على الكفيل شيء لان الاجارة انفسخت وخرج الاصيل عن كونه مطالبا بتسليمها وانما عليه رد الاجر والكفيل ما كفل به وترك المصنف رحمه الله ذكر المستعار كاترك ذكر الوديعة اشارة الى عدم جوازها وظنه تابيع شمس الأئمة اسرخسي في ذلك فانه قال الكفالة بتسليم العارية باطلة قيل وهذا ليس بصواب فقد نص محمد رحمه الله في الجامع أن الكفالة بتسليم العارية صحيحة وفيه نظر لان شمس الأئمة لبس من لم يطالع على الجامع بل لعله قد اطاع على رواية أقوى من ذلك فاخترها

(قوله والم تجب قيمته عند الهلاك) أقول الموصول عبارة عن الاعيان المضمونة (قوله فان الواجب فيها عدم المنع الخ) أقول هو أيضا بعد تسليمها فينبغي أن تجوز الكفالة به على ما ذكره بعض مشايخنا (قوله قيل وهذا ليس بصواب) أقول القائل هو السكاك

(قوله لانه التزم فعلا واجبا) دليل لما ذكره وفيه إشارة الى التفرقة بين ما يكون واجب التسليم وما لا يكون كإفصلناه (قوله ومن استأجر دابة للعمل) اعلم أن من استأجر دابة معينة للعمل فكفل بتسليمها رجل بحيث لما قدم أنفا (٣١٣) وان استأجر غير معينة للعمل فكفل

رجل بالجل فكذلك لان المسفق هو الرجل وهو قلدو عليه بالجل على دابة نفسه وان استأجرها معينة للعمل فكفل بالجل لم يصح قال المصنف (لانه) أي الكفيل (عاجز عنه) أي عن الرجل على الدابة المعينة لان الدابة المعينة ليست في ملكه والجل على دابة نفسه ليس بحمل على تلك الدابة وفيه نظر لان عدم القدرة من حيث كونه ملك الغير لم يمنع من حملها بحسب الاعيان مطلقا كما ذهب اليه الشافعي رحمه الله واستدل به على عدم جوازها في الاعيان مطلقا واذ كرفي الايضاح جوابا للشافعي رحمه الله وهو قوله تسليم ما التزمه منصور في الاعيان المضمونة في الجملة فصح التزامه لان ما يلزمه بعده يعتبر فيه المنصور غير دافع لان تسليم ما التزمه منصور في الجملة فكان الواجب صحتها فيما نحن فيه أيضا (وكذا اذا استأجر عبد بعينه للخدمة فكفل له رجل بخدمة لم يصح لما بينا) أنه عاجز عما كفل به

(قوله وماذا كرفي الايضاح) أقول قوله وماذا كرمبتدا خبره بجيء بعده سطرين وهو قوله غير دافع الخ (قوله لان تسليم ما التزمه

بعد القبض الى الراهن أو بتسليم المستأجر الى المستأجر جاز لانه التزم فعلا واجبا قال (ومن استأجر دابة للعمل عليها فان كانت بعينها

مضمون بالتمن والرهن فانه مضمون بالدين فالثلاثة الاول لا تصح الكفالة بها أصلا بناء على انها غير واجبة التسليم فلا يجب على الكفيل شيء وقالوا رد الوديعة تغير واجب على المودع بل الواجب عدم المنع فند طالب المودع فلا يجب على الكفيل تسليمها بخلاف العارية فان تسليمها واجب فصح التكفيل بتسليمها وكذا الباقي من القسمين يصح بالتسليم ولا تصح الكفالة به على معنى أنه بعينه يجب على الكفيل فان هلك فعليه بدله لان هذا القدر لا يجب على الاصيل بل لو هلك المبيع انما يسهل الثمن أو الزهن سقط من الدين بقدره والباقي ظاهر فلا يجب على الكفيل وعلى معنى الكفالة بتسليم العين يصح كما ذكرنا متى هلك فلا شيء على الكفيل وفائدة حيث نذر الزام احضار العين وتسليمها ولو عجز بان مات العبد المبيع أو الزهن أو المستأجر انقضت الكفالة على وزان الكفالة بالنفس سواء ما ذكرتم من الاعتناء السرخصي أن الكفالة بتسليم العارية باطلة باطل فقد نص في الجامع الصغير أن الكفالة بتسليم العارية صحيحة وكذلك في المبسوط ونص القدرى أنها بتسليم المبيع جائزة ونص في الخصعة على جميع ما أوردها أن الكفالة بالتسليم صحيحة والوجه عندى أن لا فرق بين الثلاثة الاول من الوديعة وما لم يضار بقول الشركتو بين العارية وما معها من الامانات اذ لا شك في وجوب الرد عند الطلب فان قال الواجب التحلية بينهم وبين الاردها اليه فنته قول فليكن مثل هذا الواجب على الكفيل وهو أن يحصلها ويحلى بينه وبينها بعد احضارها لها ونحن نغني بوجوب بالرد ما هو أهم من هذا ومن حل الردود البسه قال في الذخيرة الكفالة بتسليم المودع من الانخذ صحته وأما منعه ونهته بنفسها كما غصوب والمبيع يعاقبها سدا والمقبوض على سوم الشراء فصح الكفالة به او يجب على الكفيل ما يجب على الاصيل وهو دفع العين فان عجز وجب قيمته أو مثله على الكفيل وفي المبسوط ادعى عبد ادعى يد رجل فلم يقدمه الى القاضي وأخذ منه كعبل لنفسه وبالعبد ذمت العبد في المطالب وأقام المدعى البينة ان العبد عبده يقضى القاضى بغيره على المطالب وان شاء على الكفيل لان بالبينة ظهر أن العبد كان مغصوبا والكفالة بالعين المغصوبة توجب على الكفيل أداء العينة عند تعذر العين كما أن الواجب على الاصيل كذلك والقول قول الكفيل في قيمته لا تكثر الزيادة كالاصيل أعنى الغاصب فان أقر الغاصب باكثر لزمه الغرض ولا يصدق على الكفيل وفي المبسوط كفل بالرهن وفيه فضل على الدين فهلك عند المرتن ليس على الكفيل شيء لان عين الرهن والزينة على مقدار الدين من الرهن أمانة في يد المرتن ولا يضمن الكفيل شيئا من ذلك بالكفالة ولو ضمن لصاحب الدين ما نقص الرهن من دينه وكانت قيمة الرهن تسعمائة والدين ألف مثلا ضمن الكفيل مائة لانه التزم بالكفالة ديننا مضمونا في ذمة الاصيل ولو استعار الرهن المرتن من المرتن على ان أعطاه كعبل لاه فهلك عند الراهن لم يلزم الكفيل شيء لانه لا ضمان للمرتن على الاصيل بسبب هذا القبض فلا يضمن الكفيل أيضا ولو كان الراهن أخذ بغير رضا المرتن جاز ضمان الكفيل وأخذ به لان الراهن ضامن ما ية العين هنا لا ترى أنه لو هلك في يده ضمن قيمته للمرتن فيكون هذا بمنزلة الكفالة بالمغصوب واغظا المستأجر في كلام المصنف بالغض في الموضوعين وقدمنا أنه متى هلك كل من المبيع والرهن والمستأجر بعد الكفالة بتسليمه لا شيء على الكفيل في المبيع والرهن تقدم ما يفيد وجهه وفي المستأجر لان الاجارة تنصب فيه وخروج الاصيل من أن يكون مطالبا بتسليم العين وانما وجب رد الاجرة والكفيل ما كفل الاخر (قوله ومن استأجر دابة للعمل فان كانت بعينها) أي

القبض أي كفل بتسليم الرهن عن المرتن الى الراهن بعد ما استوفى المرتن الدين وفي الذخيرة والكفالة عن المرتن للراهن لا تصح سواء حصلت الكفالة بعين الرهن أو برده حتى يقضى الدين وفي الايضاح وان

(٤٠ - فتح القدر والكنهاية - سادس) منصور وفي الجملة الخ) أقول لعل المراد من قوله منصور وفي الجملة أن التسليم منصور اما باعتبار عينه أو باعتبار قيمته ولا يستقيم ذلك في الحل على دابة معينة فلتأمل

قال ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس الخ لا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف ولا وقال آخر تجاوز اذا أجاز حين بلغه ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة قبل أي نسخ كفالة المبسوط وفيه تنويه بان نسخ كفالة المبسوط لم تعدد وانما هي نسخة واحدة فالوجود في بعضه دون بعض يدل على تركه في بعض أو زيادته في آخر ذكر في الايضاح وقال أبو يوسف يجوز ثم قال وذكر قوله في الاصل في موضعين فشرط الاجازة في أحدهما دون الآخر وعلى هذا يجوز أن يكون تقدير كلامه في بعض مواضع نسخ المبسوط وهذا الخلاف (٣١٤) ثابت بينهم في الكفالة بالنفس والمال جميعا لا في وجه الرواية التي

لا تصح الكفالة بالجل (لانه عاجز عنه) وان كانت بغير عينها جازت الكفالة (لانه يمكنه الجل على دابة نفسه والجل هو المستحق) وكذا من استأجر عبدا للخدمة فكفله رجل بخدمته فهو باطل لما بينا قال (ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله آخر يجوز اذا بلغه فجاز ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا

آخره أن يحمله على هذه الدابة لا تصح الكفالة لانه عاجز عن الفعل الواجب على الاصيل وهو حمله على هذه الدابة لانه لا ملك له في هذه الدابة لعملة عليها وان كانت بغير عينها جازت لانه يمكنه الجل على دابة نفسه أو على دابة يستأجرها (والجل هو المستحق) وهو مقدر للوكيل فبحث كفالته به (ورأى من استأجر عبدا للخدمة فكفله رجل بخدمته فهو باطل لما بينا) من أنه عاجز عنه اذا لا يملك العبد أماله كقول بنفس العبد المستأجر وهو صحيح على ما عرف ولولا ذلك لاشتمى على الكفيل وقال شارح في الفرق بين الجل على المعين وغير المعين بان الدابة اذا كانت بينهما فالواجب على المؤخر تسليم الدابة لاجل فالكفالة بالجل كفالة بما يجب على الاصيل فلا تصح بخلاف ما اذا كانت بغير معينة لان الواجب هو الجل ويمكن استيفاءه من الكفيل فبحث الكفالة انتهى واعترض الاصحاب بان الواجب ان كان ليس الا تسليم الدابة المعينة بسبب تحميله الذي هو فعله غير معقود عليه وانما المعقود عليه حل الدابة فكذلك لا تجارة حله على دابة الى مكان كذا ليس عليه سوى تسليم أي دابة كانت اذا يجب تحميله الذي هو فعله لانه لم يستأجر الرجل نفسه فلا فرق فينبغي ان لا يتجاوز الكفالة فيه أيضا لان الجل أيضا غير واجب على الاصيل بعين ما في التي قبلها والحاصل أنه ان كان الجل على الدابة تسليمها فينبغي ان تصح الكفالة فيه لان الكفالة تسليم الدابة لا تسليم المستأجر بحيث لم يمنع منه كون المستأجر ما كالغير الكفيل وان كان التحميل ينبغى أن لا تصح فيه لان التحميل غير واجب على الاصيل والحق ان الواجب في الجل على الدابة معينة أو غير معينة ليس بمجرد تسليمها بل بالجموع من تسليمها والاذن في تحميلها وهو ما ذكر في النهاية من التركيب وما ذكرنا من الحمل عليها في المعينة لا يقدر على الاذن في تحميلها اذا يستلزمه ولا يملكها الاصل اذنه الذي هو معنى الحمل وفي غير المعينة يمكن ذلك عند تسليم دابة نفسه أو دابة استأجرها (قوله ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف يجوز اذا بلغه الخبر فجاز ولم يشترط في بعض النسخ) أي نسخ كفالة الاصل عن أبي يوسف (الاجازة) بل انه نافذ ان كان المكفول له غائبا وهو الاظهر عنه والحاصل أن هذه روايتين (والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا) وجبر رواية النفاذ

كفيل بتسليم الرهن الى الراهن جاز لانه مستحق على المرء ان رده اذا قضى الدين فان هلك سقط الضمان (قوله فهو باطل لما بينا) اشارة الى قوله لانه عاجز عنه لانه لا ولاية له في الجل على دابة غيره (قوله) ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة أي في بعض نسخ كفالة المبسوط لانه ذكر هذه المسئلة في الباب الاول من كفالة المبسوط وقال بعد ما ذكر قولها وهو قول أبي يوسف رحمه الله الاول ثم رجس وقال هو جائز وان لم يكن الطالب حاضرا ثم قال في موضع آخر من هذا الكتاب هو موقوف عند أبي يوسف رحمه الله وفي قوله الآخر

لم يشترط الاجازة فيها أنه تصرف التزام وهو ظاهر وكل ما هو كذلك يستدبه الملتزم كالاقرار والنذر هذا يستدبه الملتزم ومنع كونه التزاما فقط وبان الاقرار اخبار عن واجب سابق والاخبار يتم بالخبر والنذر من العبادات ومن له العبادات لا يشترط قبوله لعدم العلم به وفي وجه رواية التوقف على الاجازة ما ذكرنا في الفضولي في النكاح وهو ان يجعل كلام الواحد كالعقد التام فيتوقف على ما وراء المجلس لانه لا ضرر في هذا التوقف على أحد ومنع عدم الضرر بجواز رفع الامر الى فاض يرى براءة الاصيل عن حق الطالب كاهو مذهب بعض العلماء في أن الكفالة اذا صححت برئ الاصيل وفي ذلك ضرر على الطالب ولهما أن في عقد الكفالة معنى التمسك لان فيه تمليك المطالبة من الطالب فلا يتم بعد الايجاب بالقبول والوجود شعار العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس وعلى هذا لو قبله عن الطالب فضولي توقف على اجازته لوجود شرطه

(قوله لان نسخ كفالة المبسوط لم تعدد) أقول أي من محمد فلا يرثنى تأمل (قوله فالوجود في بعضها الخ) أقول فيه بحث (قوله في بعض مواضع نسخ المبسوط) أقول فينبغي أن يطرح لفظ النسخ من الدين والامر بهين (قوله ومنع كونه التزاما فقط) أقول مستند بانته عقد تبرع كالهبة والصدق فلا يدين القبول (قوله وبان الاقرار الخ) أقول في العاطف تأمل

أنه تصرف التزم فيستبد به المترم وهذا وجه هذه الرواية عنه ووجه التوقف ما ذكرناه في القضي في
النكاح وإلهما أن فيه معنى التملك وهو تملك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود شرطه فلا يتوقف على
ما وراء المجلس (الافى مسئلة واحدة وهي أن يقول المريض لو ارثته تكفل عني بما على من الدين فكفل به مع
غيبه الغرماء جاز) لأن ذلك وصية في الحقيقة فلهذا تصح وإن لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا نعم تصح إذا كان
أنه التزم فيستبد به المترم ولا يتعدى له ضرر في المكفول له لأن حكمه لا يوجب عليه شيئا لأنه مختار في المطالبة
لا ملزوم فإن رأى مطالبة طالبه بالاول أو حال المصنف وجه التوقف على ما ذكره في القضي في النكاح وهو
أن شرط العقد يتوقف حتى إذا عقد فصولا لمصرأ على آخر توقف على الإجازة كما إذا كان عقدا تاما بان خاطب
عنه فصولا آخر وعندهما لا يتوقف إلا أن خاطبه فصولا آخر فلا يتوقف عندهما إلا العقد التام (ولهما أن فيه
معنى التملك وهو تملك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود) من الموجب وحده (شروط العقد فلا يتوقف
على ما وراء المجلس) وهذا يقتضي أنه لو تم عقد بقبول فصولا آخر توقف وقد صرح بذلك عندهما قالوا إذا قبل
عنه قابل توقف بالاجماع وحينئذ قوله في وضع المسئلة لا تصح الا بقبول المكفول له في المجلس غير صحيح بل الشرط
أن يقبل في المجلس أن كان حاضرا فلهذا لا يقبل عنه فصولا آخر إن كان غائبا فتوقف إلى إجازته أو رده
وقوله (الافى مسئلة واحدة) استثناء من قوله لا تصح الا بقبول المكفول له في المجلس فإن هذه المسئلة صحت من
غير قبول في المجلس ولا قبول فصولا عنه (وهي أن يقول المريض) المدين (لوارثته تكفل عني بما على من
الدين فكفل) عنه (به مع غيبه الغرماء) فإنه يصح استحسانا فالغرماء مطالبته وذكر الاستحسان وجهين
أحدهما أن قوله تكفل عني وصية أي فيه معنى الوصية إذ لو كانت حقيقة الوصية لم يفتقر الحال بين حال
الصحة والمرض في ذلك وقد ذكر في المبسوط أن ذلك لا يصح منه في حال الصحة وإذا كان بمعنى الوصية فكأنه
إنما قال لهم اقضوا ديوني فقالوا نعم إذا قالوا إنك فلنأخذهم فلا قالوا المشايخ غائبين ذلك إذا كان له مال فإن لم يكن
له مال لا تأخذوا لورثته بدونه ولو كان حقيقة الكفالة لا تأخذوا به حيث تكفلوا بأنهم ما ذكر في المبسوط
والإيضاح أن حق الغرماء يتعلق بتركته في مرض موته لا بدمته لضعفها بمرض الموت ولذا امتنع تصرفه في ماله
كيف شاء واختار فنزل ما تباعن الغرماء المكفول لهم غاملا لهم لما في ذلك من الصلابة بغير بيع ذمته وفيه
نفع للطالب المكفول له كما إذا حضر بنفسه فإن غاية الأمر أن يكون الطالب حاضر بنفسه فلا بد من
قبوله فإن الصادق منه حينئذ قوله تكفل ولو قال تكفل لي بما على فلان فقال كفلت لا يتم الآن يقول بعد
ذلك قبلت أو نحوه كالبيع إذا قال بعني بكذا فقال بعث لا ينعقد حتى يقول الأمر قبلت أجاب المصنف بقوله

حتى إذا بلغ الطالب فقبله جاز كذا في النهاية وذكر العلامة النسفي في الكافي اختلافوا على قوله فقبل عنده تصح
بوصف التوقف حتى لو رضى به الطالب بغيره ولا تبطل وقبل جاز عنده بوصف النفاذ ورضى الطالب ليس
بشرط عنده وهو الأصح لأنه تصرف التزم من التكفل ولا الزام فيه على الغير فتم بالملتزم وحده كالأقرار
ولهذا تصح مع الجهالة ومن جعل الخلاف في التوقف جعله فروعاً للقضي في النكاح إذا تزوج امرأة وليس
عنها قابل يتوقف عنده على إجازتها فيما وراء المجلس كأنه جعل قوله كفلت لفلان عن فلان بكذا عقدا تاما
لكنه تصرف للغير فيتوقف على رضاه وعندهما لا يتوقف لانه شرط العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس لانه
عقد تملك على معنى أن المطالبة لم تكن مملوكة له ولا مكها بعد الكفالة والتمليك بالشرط من فكان كلام
الواحد شرط العقد وشرط العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس (قوله الافي مسئلة واحدة) استثناء من قوله
الا بقبول المكفول له في مجلس العقد أي تصح الكفالة بدون قبول المكفول له عندهما لكن هو جواب
الاستحسان وأما في جواب القياس فلا يجوز على قولهما في هذه المسئلة أيضا أن الطالب غير حاضر فلا يتم
الضممان الا بقبوله ولأن الصحيح لو قال هذه الورثة أو غيرهم لم يصح ادخله في ذلك ههنا (قوله لأن ذلك
وصية في الحقيقة) أي فيه معنى الوصية ولهذا تصح وإن لم يسم المكفول لهم ولا الدين ولهذا قالوا نعم تصح

قال (الافى مسئلة واحدة
الح) استثناء من قوله لا تصح
الكفالة الا بقبول المكفول
له فكانه قال لا يصح ذلك
عندهما الافي مسئلة واحدة
استحسانا والقياس عدمها
لما أمر أن الطالب غير
حاضر فلا يتم الضمان
الا بقبوله ولأن الصحيح لو قال
ذلك لورثته أو لأجنبي لم
يصح فكذا المريض
وللاستحسان وجهان
أحدهما أن يقال إذا قال
المريض لوارثته تكفل عني
بما على من الدين فكانه قال
أوف عني ديني وذلك وصية
في الحقيقة ولهذا يصح وإن
لم يسم المكفول لهم وقد
تقدم أن جهالة المكفول له
تفسد الكفالة ولهذا قال
المشايخ نعم تصح هذه
الكفالة إذا كان له مال
عند الموت تعديها معنى
الوصية وإذا كان في معناها
لا يكون القبول في المجلس
شرطا قبل في كلام المصنف
تصحيح لانه في معنى الوصية
لأنه وصية من كل وجه لانه
لو كان كذلك لما اختلف
الحكم بين حالة الصحة والمرض
وقد ذكر في المبسوط أن
هذا لا يصح في حالة الصحة
وليس كذلك لانه قال لأن
ذلك وصية في الحقيقة فتوصل

ذلك لاجنبى أولوا رثته لم يصح بدون قبول المكفول له فكذلك المريض ومنهم من صححه لان المريض قد عسده النظر لنفسه والاجنبى اذا قضى دينه بامر به يرجع في تركته فيصح هذا من المريض على أن يجعل قائما مقام الطالب لتضييق الحال عليه عرض الموت كما تقدم ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح فتر كاه على القياس أو على أنه بطريق الوصية كهل الوجه الآخر من الاستحسان ولهذا جاز مع جهالة المكفول له وجواز ذلك في المرض للضرورة لاستلزام الجواز من الصحيح لعدمها قال (واذا مات الرجل وعليه دين الخ) اذا مات المديون مفلسا ولم يكن عنه كفيل فكفل عنه دينه انسان وارثا كان أو اجنبيا لم يصح الكفالة عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا هي صححة وهو قول الاثني عشرية لثلاثة لها من الكفيل قد كفل بدين صحيح ثابت في ذمة الاصيل وكل كفالة هذا شأنها فهي صححة بالاتفاق فهذه صححة وانما قلنا كفيل بدين صحيح ثابت لان كونه ديننا صححا والمغرض وثبوته اما ان يكون بالنسبة الى الدنيا أو الآخرة لا كلام في ثبوته وبقائه في حق أحكام الآخرة وأما في حق أحكام الدنيا فهو ثابت أيضا لانه وجب لحق الطالب بالاختلاف وما وجب لا ينتفى (٣١٧) الا براء من له الحق أو براءة من عليه أو بفسخ سبب الوجوب والمغرض عدم ذلك كله

أو بفسخ سبب الوجوب والمغرض عدم ذلك كله

فدعوى سقوطه دعوى

مجردة عن الدليل وبما يدل

على ثبوته في حق أحكام

الدنيا أنه لو تبرع به انسان

صح ولو برى المفلس بالموت

عن الدين لم يحل صاحبه

الاخذ من المتبرع واذا كان

به كفيل أوله مال فان الدين

باق بالاتفاق فدل على أن

الموت لا يغير وصف الثبوت

وبما يدل على ذلك ان

المشترى لومات مفسا قبل

أداء الثمن لم يبطل العقد

ولو ملك الثمن الذي هو دين

عليه بموته مفسا بطل

العقد لكن اشترى بفاوس

في الذمة فكسدت قبل

القبض بطل العقد بل

الثمن ولم يبطل ههنا علم

ان الدين باق عليه في أحكام

الدنيا ولا يحنف رحمه

الله ان الدين ساقط لان الدين

هو الفعل حقيقة وكل فعل

يقضى القدرة والضرورة

قال (واذا مات الرجل وعليه دين ولم يترك شيئا فكفل عنه رجل للغرماء لم يصح عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا) لانه كفيل بدين ثابت لانه وجب لحق الطالب ولم يوجد المستقط ولهذا يبقى في حق أحكام الآخرة ولو تبرع به انسان يصح وكذلك يبقى اذا كان به كفيل أو مال وله انه كفيل بدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب لانه في الحكم مال لانه يؤل اليه في المال وقد عجز بنفسه وبخاته ففات عاقبة

مقام المكفول له وهو معين فلم يكن المكفول له مجبولا بحكم هذا الاعتبار (قوله واذا مات الرجل وعليه دين ولم يترك شيئا) بل مات مفلسا فنكفل رجل للغرماء بما عليه لا تصح عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ونجدة والاثني عشرية وكذا يبقى اذا كان به كفيل أو مال وله انه كفيل بدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب لانه في الحكم مال لانه يؤل اليه في المال وقد عجز بنفسه وبخاته ففات عاقبة مقام المكفول له وهو معين فلم يكن المكفول له مجبولا بحكم هذا الاعتبار (قوله واذا مات الرجل وعليه دين ولم يترك شيئا) بل مات مفلسا فنكفل رجل للغرماء بما عليه لا تصح عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ونجدة والاثني عشرية وكذا يبقى اذا كان به كفيل أو مال وله انه كفيل بدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب لانه في الحكم مال لانه يؤل اليه في المال وقد عجز بنفسه وبخاته ففات عاقبة

والصحيح في حق سواه وقال بعضهم يصح هذا الضمان لان المريض قد عسده النظر لنفسه والاجنبى اذا قضى الدين بامر به يرجع في تركته فيصح هذا من المريض على أن يجعل قائما مقام الطالب لتضييق الحال عليه لكونه على شرف الهلاك ومثل ذلك لا يوجد في الصحيح فيؤخذ به بالقياس (قوله ولم يوجد المستقط) وهذا لان الدين كان واجبا عليه في حياته فلا يسقط الا بالايغاء أو بالبراءة أو بانفساخ سبب الوجوب وبالموت لم يفتق ثمن من ذلك فلهذا يؤخذ به في الآخرة ولو تبرع به انسان بفضائه جاز التبرع عن الميت ولو برى لما حل لصاحبه الاخذ من المتبرع ولو كان بالدين كفيل بقي كفالته ولو سقط الدين بالموت لسقط عن الكفيل لان سقوط الدين عن الاصيل وجب براءة الكفيل (قوله في حق أحكام الآخرة) أى في حق الآثم (قوله كفيل بدين ساقط) لان الدين هو الفعل يعنى ان شرط الكفالة بدين قيامه في ذمة الاصيل والدين ههنا غير

انما تكون بنفسه أو بجاهه وقد انتفت بانتقام ما فات في الدين ضرر وقومعنى قوله الدين هو الفعل حقيقة ان المقصود الفائدة الحاصلة منه هو فعل الاداء والدليل على ذلك وصفه بالوجوب يقال دين واجب كما يقال الصلاة واجبة والوصف بالوجوب حقيقة انما هو في الافعال فان قلت لزم حينئذ قيام العرض بالعرض وهو غير جائز باتفاق متكلمى أهل السنة فعليك بما ذكرنا من الجواب في النقر وفي باب صفة الحسن للامور به وان قلت فقد يقال المثل واجب أجاب المصنف بقوله (لكنه) أى الدين (في الحكم مال) لان تحقق ذلك الفعل في الخارج ليس الا بتبليك طائفة من المال فوصف المال بالوجوب لان الاداء الموصوف به يؤل اليه في المال فكان وصفا مجازا فان قلت العجز بنفسه وبخاته هذا المانع أولى أن تصح فتأمل (قوله والقدرة انما تكون بنفسه أو بخلافه الخ) أقول فيه شئ (قوله فطيلك بما ذكرنا من الجواب في النقر راجع) أقول من أنه صفة اضافية اعتبارية لانه معنى قائم بالذات وصف بالذات اعلى الحقيقة حتى يلزم ما ذكرتم هذا ما ذكره في النقر برقبيل باب صفة

يدل على تعدد المطالبة منه وذلك لا يستلزم بطلان الدين في نفسه كمن كفّل عن عبد مجبور أو فريدين فانهم تصح وان تعددت المطالبة في حالة الرق قلنا غلط بهدم التفرقة بين ذمة صاحب الحق وجوب الحق علمنا ضعفه بالرق وبذمة خربت بالموت ولم تبق أهلا للوجوب عليه وهذا التفرقة يرى بشير إلى أن المصنف ذكر دليل أبي حنيفة بطريق المعارض ولو أخرجه إلى سبيل المجانعة بان يقول لا نسلم أن الدين ثابت بل هو ساقط وسيد كر السند بقوله فان الدين هو الفعل كان أحق في وجوه النفاذ على ما لا يخفى على المحصلين وتنبه لهذه النكتة واستغن عن إعادة تفهيمها هو نظيره فيما سياتي (قوله والتبرع (٣١٨) لا يعتمد قيام الدين) جواب عما قالوا ولو تبرع به انسان صح يعنى ان التبرع لا يعتمد

قيام الدين فان من قال افلان على ألف درهم وإنما كفيل به صحت الكفالة وعليه أدائه وان لم يوجد الدين أصلا ولا بطلان الدين إنما هو في حق الميت لا المستحق لان الموت يخرج من قام به عن الميتة وإذا كان باقيا في حق المستحق حل له أن يأخذ بدنيته ما تبرع به الغير وعلى هذا لا يبطل البيع بموت المشتري مفسا الباقية في حق البائع فان السقوط في حق الميت لضرورة فوت المحل فلا يعمد إلى غيره بخلاف الفلوس اذا كسدت فان المالك قد بطل في حق المشتري فلذلك انتقض العقد (قوله وإذا كان به كفيل) جواب عن قوله ما وكذا يبق إذا كان به كفيل أوله مال وبنيانه ان القدرة شرط الفعل اما بنفس القادر أو بخلفه وإذا كان به كفيل أوله مال فان انتفى القادر بخلفه وهو الوكيل أو المال في حق بقاء الدين باق (قوله أو الافضاء) على ما هو السماع وعليه أكثر النسخ تنزل

الاستيفاء فيسقط ضرور والتبرع لا يعتمد قيام الدين وإذا كان به كفيل أوله مال خلفه أو الافضاء إلى الاداء باق الساكن قبل سقوطه فيسقط في أحكام الدين ضرورة (والتبرع لا يعتمد قيام الدين) ولو كان بقيد الاضافة أي التبرع بالدين وهو الحق فاعيا يعتمد قيامه بالنسبة إلى من عليه دين دون من له والكفالة نسبة بين كل من المكفول له والأصيل لانه التزام ما على الأصل للمكفول له ولو كان به كفيل لم يجز بخلفه فلم يسقط الدين بموته بخلاف الكفالة بعد موته فانها كفالة بعد السقوط (ولو كان له مال فالافضاء إلى الاداء باق) فلم ثابت وهذا لان الدين عبارة عن فعل واجب في الذمة أعي فعل تمليك المال أو تسليمه ألا ترى انه يوصف بالوجوب يقال دين واجب والوجوب صفة الافعال دون الاعيان اذ الوجوب عبارة عن اختصاص الفعل الذي يقتضى استحقاق الذم والائتم على الاخلال به وهذا انما يتصور في الافعال دون الاعيان لان الاعيان لا تدخل تحت قدرة العباد فلا يتصور الاخلال بتخصيلها منهم ولا فعل ههنا يوصف بالوجوب سوى ايقاء المال أو تملكه وإذا ثبت أن الدين عبارة عن الفعل وأنه يقتصر إلى القدرة لان وجوبه بدونها تكليف الغاير ولا قدرته هنا اما بنفسه فظاهر وكذا بخلفه لانه لم يبق عنه كفيل والوارث لا يؤمر بقضاء الدين عند موت المورث مفسا فكان عاجزا أصلا فيسقط الدين ولا يقال لو كان الدين هو الفعل لم يصح قولنا أو في الدين معناه حيث نذ في الافضاء لانا نقول المراد به انه أتى بهذا الفعل وهو تمليك المال أو تسليمه فان قيل المسال يوصف بالوجوب أيضا يقال على فلان ألف درهم ممن يبيع أو ضمان استهلاك قلنا يوصف به مجازا باعتباره محمل الواجب كما هو هو يسمى هبة فان قيل الدين يورث وينعقد نصا بالزكاة ويجوز الشراء به وهبته ممن عليه وهذه أحكام الاموال دون الافعال وكذا المسلم فيه دين في الذمة والسلم يكون في الاموال دون الافعال والدين المؤجل واجب وكذا الدين على المقتضى عليه بالافلاس والعبد المجبور وان لم يجب الفعل فيكون الدين عبارة عن المال المقدر في الذمة حكما فلا يسقط بالموت كالمال الحقيقي الموضوع في البيت * قلنا الدين عبارة عن الفعل الآن الشرع أجبر عليه حكم الاموال من انعقاده نصا بالارث وجواز الشراء به لكونه وسيلة إلى المال وللشرع هذه الولاية وكذا المسلم فيه فعل له حكم الاموال وهذا يكتفى لجواز السلم فيه وأما المقتضى عليه بالافلاس وأختاره قلنا الفعل واجب على ما هو حقيقة فلو وجب لمسا ذكر انان الوجوب عبارة عن كون الفعل بحالة تقتضى تلك الحالة استحقاق العقاب على تركه والاخلال به وإذا ثبتت هذه الحالة للفعل ولم يكن ثمة عذر مانع عن استحقاق العقاب على الترك والاخلال به ثبت أصل الوجوب وأثره وهو التكليف بالاداء لا محالة وان كان ثمة مانع من استحقاق العقاب ثبت أصل الوجوب وتعاذ عنه أثره وهو التكليف بالاداء والامر به (قوله والتبرع لا يعتمد قيام الدين) أي في حق المكفول عنه بل يعتمد قيامه في حق الكفيل فلهذا الوأقر وجل ان فلان على فلان كذا أو أنا كفيل بذلك المسال تصح الكفالة وتعليه أداء الدين (قوله خلفه أو الافضاء إلى الاداء) أي إذا كان به كفيل خلفه باق وإذا كان له مال فأيضا يفي

قال

وكأنه قال الكفيل والمال ان لم يكن ناخفين فالافضاء (الى الاداء) بوجودهما (باق)

بخلاف ما اذا عدا ما يجوز أن يكون في الكلام لف ونشر وتقدره خلفه وهو الوكيل أو الافضاء إلى ما يفي إلى الاداء وهو المال باق وعلى هذا شرط في القدرة ما نفس القادر أو خلفه أو ما يفي إلى الاداء وقد وقع في بعض النسخ اذ الافضاء على وجه التحليل لقوله خلفه وعلى

الحسن لا يعمور به ففي كلامه مساهلة (قوله ولو أخرجه إلى سبيل المجانعة الخ) أقول أنت خبير بان منع المقدمة التي أقيم الدليل عليها خارج عن الآداب وفيما نحن بصده كذلك فان قوله وجب لحق الطالب الخ إشارة إلى دليل الثبوت فليتم (قوله وسيد كر السند بقوله الخ) أقول ذلك القول دليل السند كما لا يخفى

هذا يكون تقدير الكلام خلفه باق حذفة لئلا المذكور عليه كما في قوله نحن ما عندنا وأنت بما عندك واض والرائي مختلف ومعه كل واحد من التكفيل والمال خلف للميت لأن رجاء الاداء منها باق فان الخلف ما به يحصل كفاية أمر الاصل عند عدمه وهما كذلك فكانا خلفين وفيه ما ترى من التكفيل مع الغنمة بالاولى فان قيل ان استدلال الخصم باطلاق قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم فانه لا يفصل بين الحي والميت وما روي أنه عليه الصلاة والسلام أتى بجنارزة أنصاري ليصلي عليه فقال عليه الصلاة والسلام فهل على صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان أوديناران فامتنع من الصلاة عليه وقال صلوا على صاحبكم فقام على أو أوتنا نادر رضي الله عنهم ما على اختلاف الروايتين وقال هما على يا رسول الله فصرى رسول الله صلى الله عليه وسلم عليه ولولم تصح الكفالة عن الميت المغلس لمصلي عليه بعدها كما امتنع قبلها فإذا يكون جواب أبي حنيفة عن ذلك فالجواب ان قوله الزعيم غارم يدل على ان التكفيل بعمر ما كفل به والكلام في كفيل الميت المغلس هل هو زعيم أو لا وأما حديث الانصاري فانه يحتمل أن يكون ذلك من على أو أبي قتادة اقرارا بكفالة سابقة فان لفظ الاقرار والانشاء فيهما سواء ولا عموم للحكاية الحال ويحتمل أن يكون وعدا بالتبرع ونحن نقول بجوازه بدليل ما روي أنه (٣١٩) عليه الصلاة والسلام كان يقول لعلى ما فعل الديناران حتى قال يوما قضيتهما فقال الآن بردت عليه جلده ولم يجبره على الاداء ولو كان كفالة لاجبره على ذلك والحق ان من قال بان التكفيل تضم ذمة الى ذمة لزمه القول بطلان الكفالة عن الميت المغلس لعدم ما ضم اليه وجاحده متساهل حيث لم يثبت من الشرع جعل الذمة المعدومة موجودة والله أعلم قال (ومن كفل عن رجل بالف عظمى) (ومن كفل عن رجل بالف الخ) رجل كفل عن رجل باسمه بالف عليه فقضى الاصل التكفيل الالف قبل أن يعطى التكفيل الالف صاحب المال فلا يخولوا ما ان يكون قضاء على وجه الاقتضاء بان دفع المال اليه وقال اني لا آمن من أن يأخذ الطالب منك حقه فخذها قبل أن تؤدى فقبضه أو على وجه الرسالة وهو أن يقول الاصل للتكفيل خذ هذا المال ودفع الى الطالب فان كان الاول فليس للاصل ان يرجع فيها أي في الالف المدفوع وأنت بما عتبار الدراهم لانه تعلق به حق القابض وهو التكفيل على احتمال قضائه الدين فإلم يبعث هذا الاحتمال باداء الاصل بنفسه حق الطالب ليس له أن يسترد لان الدفع اذا كان لغرض لا يجوز الاسترداد فيه مادام باقيا للتلا يكون صعبا في نقض ما أوجبه وهذا كمن يحمل الزكاة وذهبها الى الساعي لانه ليس له أن يستردها لان الدفع كان لغرض وهو أن يصير زكاة بعد الحول فساد الاحتمال باقيا ليس له الرجوع ولان التكفيل ملكه بالقبض على ما ذكره وان كان الثاني فليس له أن يسترده أيضا لانه تعلق بالمؤدى حق الطالب

قال (ومن كفل عن رجل بالف عظمى) (ومن كفل عن رجل بالف الخ) رجل كفل عن رجل باسمه بالف عليه فقضى الاصل التكفيل الالف قبل أن يعطى التكفيل الالف صاحب المال فلا يخولوا ما ان يكون قضاء على وجه الاقتضاء بان دفع المال اليه وقال اني لا آمن من أن يأخذ الطالب منك حقه فخذها قبل أن تؤدى فقبضه أو على وجه الرسالة وهو أن يقول الاصل للتكفيل خذ هذا المال ودفع الى الطالب فان كان الاول فليس للاصل ان يرجع فيها أي في الالف المدفوع وأنت بما عتبار الدراهم لانه تعلق به حق القابض وهو التكفيل على احتمال قضائه الدين فإلم يبعث هذا الاحتمال باداء الاصل بنفسه حق الطالب ليس له أن يسترد لان الدفع اذا كان لغرض لا يجوز الاسترداد فيه مادام باقيا للتلا يكون صعبا في نقض ما أوجبه وهذا كمن يحمل الزكاة وذهبها الى الساعي لانه ليس له أن يستردها لان الدفع كان لغرض وهو أن يصير زكاة بعد الحول فساد الاحتمال باقيا ليس له الرجوع ولان التكفيل ملكه بالقبض على ما ذكره وان كان الثاني فليس له أن يسترده أيضا لانه تعلق بالمؤدى حق الطالب

قال (ومن كفل عن رجل بالف عظمى) (ومن كفل عن رجل بالف الخ) رجل كفل عن رجل باسمه بالف عليه فقضى الاصل التكفيل الالف قبل أن يعطى التكفيل الالف صاحب المال بسلط الدين فحقت كفالته عن الميت الملى وأما حديث أبي قتادة فليس فيه صريح انشاء الكفالة بل يحتمل قوله هما على كذا من انشاءها والاخبار بها على حد سواء ولا عموم لواقعة الحال فلا يستدل به في خصوص محل النزاع ويحتمل الوعد بها وان كان مرجوحا وامتناعه صلى الله عليه وسلم من الصلاة عليه ليعظم طريق ايغاثه لا بقدر طريق الكفالة فلما ظهر بوعدها أو بالاقرار بالكفالة به ما حصل المقصود فصلى عليه ونقض اثبات سقوط الدين بمسائل احداها لومات المشتري مغلسا قبل أدائه الثمن لا يبطل البيع ولو سقط الثمن بطل ولو اشترى بغيره في الذمة فكسدت قبل القبض يبطل البيع مع ملك الثمن في نفسه فعلم أن سقوط الدين بالنسبة الى الدنيا لا يبطل الدين نائنها أنه لو كان بالدين كفيل يبق على حاله اذا مات مغلسا ولو سقط في أحكام الدين لم يبق الكفالة نائنها لو كان بالدين رهن يبق الدين عليه بعد موته مغلسا وبقاء الرهن انما يكون ببقاء الدين ولان تعذر المطالبة لغيره لا يوجب بطلان الدين في حال الحياة كالعبد المحجور اذا أقر بدين فكفل عنه به كفيل مع وان كان لا يطالب به في حال حقه فكذلك في حال الموت أجيب عن الاول بان الدين لا يبطل بجهته في حق المستحق حتى جاز أن يأخذه من المتبرع والكفالة تعتمد قيام الدين في حق الاصل كما ذكرنا وقد سقطت بهذا الاعتبار ضرورة بطلان المحل فيتعذر بقدر الضرورة وعن الثاني بان كساد الفلوس يبطل المالك في حق المشتري فذلك انتقض العقد وهذا الدين باق في حق صاحب الدين فلا يبطل العقد وعن الثالث بان ذمة التكفيل السابق كفالته خلف عن ذمته فلا يبطل ذمته بالموت ومثله الرهن وأما العبد فله ذمة سالحة فنصح الكفالة وتناخر المطالبة لخلق المولى كما ان الدين ثابت في ذمة المغلس الحى وان كان لا يطالب به (قوله ومن كفل عن رجل بالف عظمى) أي قضى الرجل المسكوق عنه التكفيل (الالف) التي كفل بها (قبل أن يعطيه) أي قبل أن يعطى التكفيل الالف (صاحب المال) وذكر ضمير يعطيه على تأويل الى الاداء باق لانه يستدعي من المال فيجعل باقيا في حق أحكام الدنيا واذا تبرع به غيره مع صحة تجليك المال لا تتعلق بوجود الدين على ان صحة التبرع بناء على ان الدين باق في حق صاحب الدين لان سقوطه عن

تؤدى فقبضه أو على وجه الرسالة وهو أن يقول الاصل للتكفيل خذ هذا المال ودفع الى الطالب فان كان الاول فليس للاصل ان يرجع فيها أي في الالف المدفوع وأنت بما عتبار الدراهم لانه تعلق به حق القابض وهو التكفيل على احتمال قضائه الدين فإلم يبعث هذا الاحتمال باداء الاصل بنفسه حق الطالب ليس له أن يسترد لان الدفع اذا كان لغرض لا يجوز الاسترداد فيه مادام باقيا للتلا يكون صعبا في نقض ما أوجبه وهذا كمن يحمل الزكاة وذهبها الى الساعي لانه ليس له أن يستردها لان الدفع كان لغرض وهو أن يصير زكاة بعد الحول فساد الاحتمال باقيا ليس له الرجوع ولان التكفيل ملكه بالقبض على ما ذكره وان كان الثاني فليس له أن يسترده أيضا لانه تعلق بالمؤدى حق الطالب (قوله فالجواب أن قوله عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم الخ) أقول لو مع هذا لم يتم استدلال الحنفية على صحة الكفالة بالنفس بهما الحديث فليتم (قوله ولو كان كفالة لاجبره على ذلك) أقول في الملازمة كلام فان الاجبار موقوف على طلب الدائن حقه (قوله والحق الى قوله لعدم ما يضم اليه) أقول لعلمهم بقولهم بضعف الذمة بالموت كما ذكر في كتب الاصول لأنهم اتخرب (قوله لان الدفع اذا كان لغرض لا يجوز) أقول قال الاتقاني وهذا الدفع لغرض وهو أن يصير المدفوع حقا للقابض على تقدير اداء الدين من مال التكفيل انتهى وفيه شيء

والمطلوب يبطل ذلك باسترداده فلا يقدر عليه لكنه لم يملكه لانه تعض في يده امانة فان تصرفه الكفيل فيما قبضه على وجه الاقتضاء ويرجع فيه فالرجع له لا يجب عليه التصديق به لانه ملكه حين قبضه والرجع الحاصل من ملكه طيب له لا يحاله وانما قلنا انه ملكه حين قبضه لان قضاء الدين امان يحصل من الكفيل او من الاصيل فان كان الاول فظاهر لانه قبض ما وجب له في ملكه من حين قبضه كمن قبض الدين المؤجل معجلا وان كان الثاني فلانه وجب للكفيل على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب على الكفيل قال في النهاية وذلك لان الكفالة توجب دينين ديناً للطالب على الكفيل وديناً للكفيل على المكفول عنه لكن دين الطالب حال ودين الكفيل مؤجل الى وقت الاداء من حيث تأخير مطالبته بما وجب له على المكفول عنه الى ما بعد الاداء ولهذا لو أخذ الكفيل من الاصيل رهنا لم يملك المال صحيح بمنزلة ما لو أخذوهنا بدين مؤجل ولو أقر الكفيل الاصيل قبل الاداء الى الطالب من الدين أو وهبه منه يجوز حتى لو أداه الكفيل الى الطالب بعد ذلك لم يرجع به على الاصيل وقال كذا ذكره الامام فاضيل بن ابي اسحق والامام الحنوبى وهذا موافق لبعض عبارة السكك طاهر والمسائل المستشهد بها ولكن لا يوافق ما تقدم من ان الصبيح ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة (٣٢٠) فانه على هذا التقدير الكفالة توجب للكفيل على الاصيل من المطالبة مثل ما وجب

فليس له أن يرجع فيها) لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز للمطالب بمطابق هذا الاحتمال كمن يحمل زكاته ودفعها الى الساعي ولانه ملكه بالقبض على ما ذكر بخلاف ما اذا كان الدفع المال أو المكفول به اللازم من قوله كفيل عن رجل وصاحب المال مكفول أولاً يعطى والمفعول الثاني هو ضمير المال المقدم في يعطيه (فليس له) أى ليس للرجل المكفول عنه (أن يرجع فيها) وهو وجه للشافعى وفي وجه آخر له أن يرجع وهو قول مالك وأحمد بناء على أنه امانة عنده مالم يقض الاصيل ونحن نبين أنه يملكه وان الامانة ما اذا كان دفعه الى الكفيل على وجه الرسالة الى الطالب ولو لم يملكه فقد تعلق به حقه وهذا الوجه الاول من الوجهين اللذين ذكرهما المصنف (لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقى هذا الاحتمال) الخاقاني قال كذا المجمل للساعي تعلق به حق القابض على احتمال أن يتم الحول والنصاب كامل فلم يجز استرداده شرعاً ما بقى هذا الاحتمال (د) الوجه الثانى (أنه) أى القابض (ملكه) بالقبض على ما ذكر (يريد ما ذكره بعدد سطر في تعليقه طيب الرىج الكفيل لو عمل فيه فربح وهو قوله المدون للضرورة فتيقن قدر يقدرها فيظهر في حق من عليه دون من له (قوله كمن يحمل زكاته الى الساعي) وكمن اشترى شيئاً بشرط الخيار ثم نقداً الثمن قبل مضى الخيار ثم أراد أن يسترد قبل نقض البيع لانه ذلك لان الدفع كان غرض وهو أن يصير زكاته ونقداً عنده مضى الحول وسقوط الخيار فباقى ذلك الاحتمال ليس له أن يسترده (قوله ولانه ملكه بالقبض على ما ذكر) وهو ما ذكر بعد هذا بخطين بقوله أما اذا قضى الدين فظاهر الى آخره هذا اذا دفع المطالب المال الى الكفيل على وجه القضاء بان قال له انى لا آمن أن يأخذ منك الطالب حقه فاناً فاضيل المال قبل أن تؤديه بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة بان قال المطالب للكفيل اخذ هذا المال وادفعه الى الطالب حيث لا يصير المؤدى ملكاً للكفيل بل هو امانة في يده لكن لا يكون للمطالب أن يسترده من الكفيل لانه تعلق بالمؤدى حق الطالب والمطلوب بالاسترداد يريد ابطال ذلك فلا يقدر عليه كذا في السكك لكن ذكر في كتاب الكفالة من السكبرى قال الحسن بن زياد وجهه

للمطالب على الاصيل من المطالبة الآن مطالبته الطالب حالة ومطالبته الكفيل أخرت الى وقت الاداء فنزل ما وجب للكفيل على الاصيل من المطالبة بمنزلة الدين المؤجل وله أى لكونه نازلاً بمنزلة ما أقر الكفيل المطالب قبل أدائه صحيح وكذا اذا أخذ رهناً أو وهبه منه الى هذا ذهب بعض الشارحين وجعل ضمير عليه المكفول عنه ويجوز أن يكون للكفيل والمعنى بحاله أى الكفالة توجب للكفيل على الاصيل من المطالبة مثل ما توجب للطالب على الكفيل من المطالبة وفيه من التحمل ما ترمى من تنزيل المطالبة بمنزلة الدين المؤجل وتعلقه

ما تبض بمجرد ما له من المطالبة من ان المطالبة لا تستلزم الملك كالوكيل بالخصومة أو القبض فان له المطالبة ولا يملك ما قبض واهل الصواب أن يكون توجبه كالمالك لانه وجب للكفيل على المكفول عنه من الدين مثل ما وجب للطالب على المكفول عنه لا على الكفيل وحيداً لا منافاة بينه وبين ما تقدم ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة لان بالنسبة الى الطالب ليس على الكفيل الا المطالبة وما أن يكون للكفيل دين على المكفول عنه مثل دين الطالب فلا ينافى ذلك فيكون الواجب عند الكفالة دينين وثلاث مطالبات دين ومطالبة حالين للطالب على الاصيل ومطالبة فقط له على الكفيل بناء على أن الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة ودين ومطالبة للكفيل على الاصيل الا أن المطالبة متأخرة الى وقت الاداء فيكون دين الكفيل مؤجلاً ولهذا ليس له أن يطالبه قبل الاداء كما تقدم فان قيل فسامعنى قوله فنزل بمنزلة الدين المؤجل وهو مؤجل قلنا معناه فنزل هذا الدين المؤجل بمنزلة دين مؤجل لم يكن بالكفالة وفي ذلك اذا قبضه معجلاً ملكه فكذا هنا هذا ما سنعلى والله أعلم بالصواب الا أن فيه أى فى الرجوع الحاصل للكفيل بتصرفه في المقبوض على وجه الاقتضاء وقد أدى الاصيل ادين نوع خبث فال مصنف (فليس له أن يرجع فيها) اقول الضمير المؤنث فى فيها يرجع الى الف على تأويل اندراهم قوله والرجع الحاصل من ملكه طيب له) اقول اذا لم يكن مانع كفى مسألة السكر (قوله ويجوز أن يكون للكفيل والمعنى بحاله الخ) اقول كفى شرح الاتفاقى

على مذهب أبي حنيفة فإنه في مسألة الكفالة بالسكر والخبث لا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع في آخر فصل أحكام البيوع
الغاسد وأما إذا قضاها الكفيل فلا خبث فيه أصلا في قولهم جميعا وإذا قبضه على وجه الرسالة فالرجح لا يطيب له في قول أبي حنيفة ومحمد وجههما
الله لأنه ربح من أصل خبيث وفي قول أبي يوسف يطيب لأن الخراج بالضمان أصله المودع إذا تصرف في الوديعة ورجح فإنه على الاختلاف قال
(ولو كانت الكفالة بكر حنطة الخ) ما مر كان في حكم الرجح فيما لا يتعين أما إذا كانت الكفالة فيما يتعين كسكر من حنطة قبضها الكفيل من
الأصيل قبل أن يؤدي إلى الطالب وتصرف فيها ورجح فالرجح له في القضاء لما بيننا أنه ملكه قال أبو حنيفة وأحب إلى أن يردده على الذي
قضاها يعني المكفول عنه ولا يجب ذلك في الحكم وهذا رواية الجامع الصغير عن أبي حنيفة رحمه الله وفي رواية كتاب البيوع عنه الرجح لا يتصدق
به ولا يردده على الأصيل وبه أخذ أبو يوسف ومحمد وجههما الله وفي رواية كتاب الكفالة (٢٢١) عنه أنه لا يطيب له ويتصدق به وجه

رواية كتاب البيوع وهو
دليلهما أنه ربح في ملكه
على الوجه الذي بيناه ومن
رجح في ملكه بملكه الرجح
ووجه رواية كتاب الكفالة
أنه يمكن الخبث مع الملك
لاحد الوجهين أما لان
الأصيل بسبيل من الاسترداد
على تقدير أن يقضى السكر
بنفسه وأن كان كذلك
كان الرجح حاصل في ملك
متردد بين أن يقصر وان
لا يقر ومثل ذلك ملك فاحصر
ولو عدم الملك أصلا كان
خبثا فإذا كان قاصرا تمكن
فيه شبهة الخبث وأما لانه
رضى به أن يكون المدفوع
ملكاً للكفيل على اعتبار
قضاؤه فإذا قضاها الأصيل
بنفسه لم يكن راضيا به فتمكن
فيه الخبث وهذا الخبث أي
الذي يكون مع الملك يعمل
فما يتعين وهو راجع إلى
أول الكلام ونقرر به تمكن
الخبث مع الملك وكل خبث

على وجه الرسالة لأنه تمحض أمانة في يده (وان ربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدق به) لأنه ملكه حين قبضه أما
إذا قضى الدين فظاهر وكذا إذا قضى المطلوب بنفسه وثبت له حق الاسترداد لانه وجب له على المكفول عنه
مثل ما وجب للطالب عليه إلا أنه أخرت المطالبة إلى وقت الاداء فنزل الدين المؤجل ولهذا لو أرى الكفيل
المطلوب قبيل أدائه يصح فكذا إذا قبضه بملكه إلا أن فيه نوع خبث نبيته فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين
وقد قررناه في البيوع (ولو كانت الكفالة بكر حنطة قبضها الكفيل فباعها ورجح فيها فالرجح له في الحكم)
لما بينا أنه ملكه (قال وأحب إلى أن يردده على الذي قضاها السكر ولا يجب عليه في الحكم) وهذا

(لأنه ملكه حين قبضه أما إذا قضى الدين فظاهر وكذا الوقضى المطلوب بنفسه) الدين ولم يقض الكفيل
(وثبت) للمطالب (الاسترداد) بما دفع للكفيل وانما حكمنا بثبوت ملكه إذا قضى الأصيل بنفسه (لأنه)
أي الكفيل (وجبه) بمجرد الكفالة (على الأصيل) مثل ما وجب للطالب (على الكفيل) وهو المطالبة
(الا) أي لكن (أخرت) مطالبة الكفيل إلى أدائه فنزل (مال الكفيل على الأصيل) (بنزلة الدين المؤجل) ولو
عمل المدون الدين المؤجل ملكه الدائن بقبضه فكذا هذا (ولهذا) أي والدليل أن لا الكفيل حق المطالبة
متأخراته (لو أرى الكفيل الأصيل قبل أدائه) أي قبل أداء الكفيل (يصح) حتى لا يرجع على الأصيل
بعد ذلك إذا أدى وحاز أخذ الكفيل من الأصيل رهنا به قبل أدائه (فكذا إذا قبضه بملكه) يعني إذا كان بحيث
يصح الإبراء منه كان بحيث بملكه إذا قبضه وإذا ملكه كان الرجح له (الا) أي لكن استثناء منقطع (فيه نوع
خبث) على قول أبي حنيفة (نبيته) عن قريب (فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين) وهو اللفظ الذي قضاها أياها لان
الدرهم لا يتعين (وقد قررناه في البيوع) في آخر فصل في أحكامه (قوله ولو كانت الكفالة بكر حنطة)
فدفعه الأصيل إلى الكفيل ولباقى بحاله (فالرجح له) أي الكفيل (لما بينا أنه ملكه) أي ملك السكر
وانما بينه في ضمن بيان أنه ملك المقبوض (قال وأحب إلى أن يردده على الذي قضاها السكر ولا يجب عليه وهذا

الله وقال أبو الليث رحمه الله هذا إذا دفعه إلى الكفيل على وجه القضاء أما إذا دفعه على وجه الرسالة فله الاسترداد
وقال نعيم الأعمش رحمه الله واليه وقعت الإشارة في باب الكفالة بالمال من الأصل فإنه مال الكفيل يكون
أمينا (قوله فنزل منزلة الدين المؤجل) ولهذا قلنا للمكفول عنه إذا رهن عينه عند الكفيل بذلك الدين
يصح ولا رهن إلا بالدين ولو أرى الأصيل قبل الاداء إلى الطالب من الدين أو وهب له يصح حتى لا يرجع على
الأصيل بعد الاداء (قوله الآن فيه نوع خبث) أي على قول أبي حنيفة رحمه الله ونبيته وهو قوله في تعميل

(٤١ - فجع القدر والكفاية - سادس) تمكن مع الملك يعمل فيما يتعين لما تقدم في البيوع فهذا الخبث
يعمل في السكر لانه ما يتعين والخبث سريه التصديق فيه تصديق به ووجه روايه الجامع الصغير الخبث لحقه أي لحق الذي قضاها فإذا ردا إليه وصل
الحق إلى مستحقه وهذا أصح لأن الحق للمكفول عنه لكنه استحبنا لاجب فإذ ارد عليه فان كان فقيرا لمطالبه وان كان غنيا فغيره وإيمان قال
الامام فخر الاسلام والاشبه أن يطيب له لانه انما رده عليه باعتبار أنه حق له إذا قبضه على وجه الاقتضاء وإذا قبضه على وجه الرسالة فعلى ما تقدم
من الاختلاف فيما لا يتعين عند أبي حنيفة ومحمد لا يطيب الرجح لا الكفيل وعند أبي يوسف رحمه الله طيب

(قوله وإذا قبضه على وجه الرسالة فعلى ما تقدم من الاختلاف الخ) أقول يعني ما تقدم بتصحيحه وهو قوله وإذا قبضه على وجه الرسالة فالرجح
لا يطيب له (قوله وعند أبي يوسف يطيب) أقول بخلافه لما في شرح ابن الرزاعي من أنه إذا دفع إليه على وجه الرضا لا يطيب له الرجح بالاتفاق
فيطلب التفصيل ثم إلا أن يكون عن أبي يوسف فيه وإيمان

عند أبي حنيفة رحمه الله في رواية الجامع الصغير وقال أبو يوسف ومحمد وجههما أنه هوله ولا يردده على الذي قضاه وهو رواية عنه وعنه أنه يتصدق به لهما أنه يرضى في ملكه على الوجه الذي بيناه فيسلم له وله أنه يمكن الخبث مع الملك أمانه بسبيل من الاسترداد بان يقضيه بنفسه أو لانه رضى به على اعتبار قضاء الكفيل فإذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصديق في رواية يردده عليه في رواية لان الخبث لحقه وهذا أصح لكنه استحب لاجبر لان الحق له

عند أبي حنيفة في الغلط الجامع الصغير) ولا شك ان ضمير قال لابي حنيفة فقوله وهذا عند أبي حنيفة في رواية الجامع الصغير انما ذكره لهما لئلا ينصب الخلاف بذلك قوله ما حيث لم يصرح بقائل قال وقال هوله لا يردده عليه وهو رواية (عن أبي حنيفة) وهو رواية كتاب البيوع من الاصل (وعنه) أي عن أبي حنيفة في رواية (ثالثة) انه يتصدق به) وهو رواية كتاب الكفالة منه (لهما) أنه يرضى في ملكه على الوجه الذي بيناه) في ثبوت ملكه من أنه وجبه على الاصيل الخ (فيسلم له ولا يردده) أنه يمكن الخبث مع الملك اما لقصور ملكه بسبب أن الاصيل (بسبيل من استرداده بان يقضى) هو الطالب فينتقض ملك الكفيل فيما قبض (أو لانه) انما (رضى به) أي بملك الكفيل فيه (على اعتبار قضاء الكفيل فإذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به) والوجه أن يعطى بالواو فانه ما وجهان لأن الوجه أحدهما بل كل منهما ثابت وهو قصور الملك بسبب ثبوت تلك الخبثية وعدم رضا الاصيل بملك الكفيل بما دفعه اليه الا على ذلك التقدير وهو منتف (وهذا الخبث يعمل فيما يتعين) وهو الكسر لا فيما لا يتعين كالآلاف مثلا (فيكون سبيله التصديق في رواية يردده عليه في رواية) أخرى (وهي الأصح لان الخبث (الحق الاصيل) لا يلحق الشرع فيرد اليه ليصل الى حقه (لان الحق له) وهذا يغد أنه بطيبه فقيرا كان أو غنيا وفي رواية ثان والأوجه طيبه له وان كان غنيا لما ذكرنا من أن الحق له (الأنه استحب لاجبر) لان الملك للكفيل واعلم أنه تكرر في هذه المسئلة مقابلة الاستحباب بالحكم فقال أولا أحب الى أن يردده ولا يجب في الحكم أي في القضاء وثانيا لئلا يكتفه استحباب لاجبر يعني لا يجبره الحاكم على ذلك فإذا كان المراد بالاستحباب ما يقابل جبر القاضى يكون المعنى لا يجبره القاضى ولكن يغله هو ولا يلزم من عدم جبر القاضى عدم الوجوب فيما بينه وبين الله تعالى اذ قد عرف ان الراد بالاستحباب عدم جبر القاضى عليه بخلاف أن يكون واجبا فيما بينه وبين الله تعالى وهو مستحب في القضاء غير مجبور عليه والعبارة المنقولة عن نفع الاسلام في وجه قول أبي حنيفة وهو الاستحسان قال وجه الاستحسان أن ما قبضه الكفيل لوجهه ما كفا سدا من وجهه فان الاصيل استرداده حال قيام الكفالة بقضائه بنفسه واسترداده المقبوض حال قيام العقد حكم ملك فاسد كافي البسيع الفاسد وانما قلنا حال قيام الكفالة لان الكفالة لا تبطل باداء الاصيل ولكن تنتهى كما لو أدى الكفيل بنفسه فكان المقبوض ما كفا سدا من وجهه من وجهه ولو كان فاسدا من كل وجه بان اشترى مكبلا أو موزونا ملكا فاسدا ورعى فيه يجب التصديق بالرعى أو الراد على المالك لان الخبث كان لحقه فيقول بالرذ عليه كالمغاصب اذا أجزأه المغصوب ثم يردده فان الاجرة يتصدق به أو يردده على المغصوب منه فكذا في المالك الفاسد من كل وجه ولو كان الملك صحيحا من كل وجه لا يجب التصديق بالرعى ولا يردده فاذا فسد من وجه وصح من وجه يجب التصديق أو الراد على الاصيل عملا بالشبهين بقدر الامكان ظاهرة في وجوب يردده فيما بينه

قول أبي حنيفة رحمه الله أنه يمكن الخبث مع الملك أمانه بسبيل من الاسترداد الى آخره (قوله) لكنه استحب لاجبر لانه لو كان الملك صحيحا من كل وجه لا يؤمر بالتصدق والرد لا لاجبا ولا استحبابا ولو انعدم الملك أصلا كان الرعى خبيثا فان كان صحيحا من وجهه فاسدا من وجهه أمرناه بالتصدق أو بالرذ على المالك استحبنا لاجبا باتوفير اعلى الشبهين حفظهما ما ذارده الى المالك ان كان فقيرا طاب وان كان غنيا فغيره ورايتان والاشبه أنه يطيب له لانه انما راد عليه باعتبار انه حقه وأما اذا أعطاه على وجه الرسالة فتصرف فيه الوكيل ورعى لم يطب

قال (ومن كفل عن رجل قال (ومن كفل عن رجل
بالفالح) اذا امر الاصيل
الكفيل أن يعامل انسانا
بطريق العينة وفسره
المصنف بان يستقرض من
تاجر عشرة فبتأني عليه
ويبيع منه ثوبا يساوي
عشرة بخسة عشرة مثلا
ورغبة في نيل الزيادة ليبيعه
المشتري المستقرض بعشرة
ويتمم خمس عشرة ففعل
الكفيل ذلك فالشراء واقع
والرجح الذي يربحه البائع له
عليه لا على الاصيل وسمى
هذا البيع عينة لما فيه من
الاعراض عن الدين الى
العين وهو مكروه لان فيه
الاعراض عن مطاوعة للخل
الذي هو مذموم وكان
الكراه حصل من المجموع
فان الاعراض عن الاقراض
ليس بكروه والخل الحاصل
من طلب الربح في التجارات
كذلك والالكانات المربحة
مكروهة والالزم الربح للكفيل
دون الاصيل لانه اما كفالة
فاسدة على ما قيل نظر الى
قوله على فانه كلمة ضمان
لكنه فاسد لان الكفالة
والضمان انما يصح بما
هو مضمون على الاصيل
والخسران ليس بمضمون
على أحد فلا يصح ضمانه
كرجل قال لا تحرج متاعك
في هذا السوق على أن كل
وضيعة وخسران يصيبك
فانما ضمان به لك فانه غير صحيح

قال (ومن كفل عليه بامر فامر الاصيل أن يتعين عليه حيا فافعل فالشراء لا الكفيل والرجح
الذي يربحه البائع فهو عليه) ومعناه الامر ببيع العينة مثل أن يستقرض من تاجر عشرة فبتأني عليه ويبيع
منه ثوبا يساوي عشرة بخسة عشرة مثلا ورغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويحمل عليه خمسة
سمى به لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مطاوعة
للمذموم للخل ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشتري نظر الى قوله على وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل هو
توكيل فاسد

وبين الله تعالى أو التصديق به غير أنه ترجع الرد هذا كله اذا أعطاه على وجه القضاء فلو أعطاه على وجه الرسالة
الى الطالب فصرف ورجع صار مجمد أي حنيفة في أنه لا يطيب له الرجوع وطالبه عند أبي يوسف لما عرف فيمن
غضب من انسان ما لا يرجع فيه يتصدق بالفضل في قوله ما لانه استقاده من أصل خبيث ويطيب له في قول أبي
يوسف مستدلا بجواب الخراج بالضمان (قوله ومن كفل عن رجل بالف بامر فامر) أي أمر الكفيل
بالاصيل أن يتعين عليه حيا أي أن يشتري له حيا بطريق العينة وهو أن يشتري له حيا بربا من هو أكثر
من قيمته ليبيعه باقل من ذلك الثمن لغير البائع ثم يشتريه البائع من الثوب البائع كما كان ويستفيد الزيادة على ذلك الاقل
الاقل الى بائعه فيدفعه بائعه الى المشتري المدينون فيسلم الثوب البائع كما كان ويستفيد الزيادة على ذلك الاقل
وانما وسطا الثاني تحرجا عن شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن وأما تفسيره بان يستقرض في أبي المقرض
الا أن يبيعه عينا تساوي عشرة مثلا في السوق باثني عشر فيفعل فيرجع البائع درهمين ورغبة عن القرص
المستدوب الى الخل وتخصيل غرضه من الربا بطريق المواضعة في البيع فلا يصح هنا ذلك المراد من قوله
تعين على حيا اذهب فاستقرض فان لم يرض المسؤل أن يقرضك فاشتر منه الحري بما كثر من قيمته بل المقصود
اذهب فاشتر على هذا الوجه فاذا فعل الكفيل ذلك كان مشتريا لنفسه والمالك له في الحري و الزيادة التي يخسرها
عليه لان هذه العبارة حاصلها (ضمان لما يخسر المشتري نظر الى قوله على) كانه أمره بالشراء لنفسه فما
خسر فعلى وضمان الخسران باطل لان الضمان لا يكون الا بمضون وان خسران غير مضمون على أحد حتى لو
قال بايع في السوق على أن كل خسران يلحق بك فعلى أو قال لك ترى العبدان أبى عبدك هذا فعلى لا يصح
(وقيل هو توكيل فاسد) ومعنى على منصرف الى الثمن فاذا كان الثمن عليه يكون المبيع له فأغنى عن قوله

له الرجح عند أبي حنيفة ومحمد ورجحهما الله وطالبه عند أبي يوسف رحمه الله لما عرف (قوله ومعناه الامر ببيع
العينة) أي النسبة والعينة السلف ويقال باعه بعينة أي نسبته كذا في المغرب أي معنى قوله يتعين عليه
حيا اشتري حيا بربا بعينة ثم عه بالنقد باقل منه وأقضى ديني (قوله مثل أن يستقرض من تاجر عشرة) هذه
صورة بيع العينة فيقول له أبيعك هذا الثوب وقيمته عشرة باثني عشر لتبيعه في السوق بعشرة فيحصل لي ربح
درهمين وفيه صورة أخرى وهو أن يجعل المستقرض والمقرض بينهما ثانيا في هذه الصورة فيبيع صاحب
الثوب الثوب باثني عشر من المستقرض ثم المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة ويسلم الثوب اليه ثم يبيع
الثالث الثوب من المقرض بعشرة ويدفعها الى المستقرض فتدفع حاجته وانما خلال بينهما ثانيا تحرجا عن
شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن وبيع العينة مكروه ذميمة اخترعها كلة الربوا وقد ذمهم رسول الله
عليه السلام بذلك فقال اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر ذلتم وظهور عليكم عدوكم وقيل اياك والعينة
فانها عينة ثم قيل هو ضمان لما يخسر المشتري نظر الى قوله على ومعنى الضمان هنا أن يقول المدينون
للضامن اشتري ثوبا لتبيعه في السوق فتقتضي بثمنه الدين فان امكنتك أن تبيع الثوب بمثل ما تبتعه فيها
ونعمت وان لم يمكن لك الا بالخسران فذلك على غير أن هذا الضمان باطل لان الضمان انما يصح بما هو
مضمون على غيره وخسران درهمين غير مضمون على أحد فيطلس ضمانه كمن يقول لا تحرجا بايع في
هذا السوق على أن كل وضيفة وخسران يصيبك فانه ضامن وقيل هو توكيل فانه لا يخرج الكلام

واما وكالة فاسدة نظر الى قوله تعين يعنى اشترى حى رابعينه ثم بعه بالنقد باقل منه واقض دينى وفسادها باعتبار ان الحر برغيره تعين أى غسبر معلوم المقدار والتمن كذلك فان قيل الدين (٢٢٤) معلوم والمأمور به هو مقدار فكيف يكون التمن مجهولا بأجاب بقوله الجهالة

لان الحر برغيره تعين وكذا التمن برغيره تعين لجهالة ما زاد على الدين وكيفما كان فالشراء للمشتري وهو الكفيل والر بى أى الزيادة عليه لانه التعاقد قال (ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فأقام المدعى البينة على الكفيل بان له على المكفول عنه ألف درهم لم تقبل بينته)

لى فهو توكيل لكنه فاسد لانه غير معين مقداره ولا ثمنه فلا تصح الوكالة كالأول قال اشترى حنطة ولم يبين مقدارها ولا ثمنها ولو فرضنا أن التمن معلوم بينهما وهو قدر ما يقع به الايفاء كان الحاصل اشترى حى رايكون ثمنه الذى تبعه به فى السوق قدر الدين الذى علينا وهو لا يعين قدر ثمن الحر برالموكل بشرائه بل ما يقع به بعد شرائه لان الزائد على القدر الذى يقع به الايفاء غير معلوم (وكيفما كان) فوكيلا فاسدا أو ضمينا باطلا (يكون الشراء للمشتري وهو الكفيل والر بى أى الزيادة) التى يخسرهما (عليه لانه التعاقد) ومن صور العينة أن يقرضه مثلا خمسة عشر ثم يبيعه ثوبا يساوى عشرة بخمسة عشر ويأخذ الخمسة عشر المقرض منه فلم يخرج منه الا عشرة وثبت له خمسة عشر ومنها أن يبيع متاعه بألفين من المقرض الى أجل ثم يبعث متوسطا يشترى به لنفسه بألف حالة ويقضه ثم يبيعه من البائع الاول بألف ثم يحيل المتوسط بائعه على البائع الاول بالتمن الذى عليه وهو ألف حالة فيدفعها الى المقرض ويأخذ منه ألفين عند الحلول قالوا وهذا البيع مكرره لقوله صلى الله عليه وسلم اذا تبايعتم بالعين واتبعتم أذناب البقر ذلتم وظهر عليكم عدوكم والمراد باتباع أذناب البقر الخبز لار راعة لانهم حينئذ يتركون الجهاد ونال النفس الحين وقال أبو يوسف لا يكره هذا البيع لانه فعله كثير من الصحابة وجدوا على ذلك ولم يعدوه من الر باحتى لو باع كغسدة بألف يجوز ولا يكره وقال محمد رحمه الله هذا البيع فى قلبى كأمثال الجبال ذميمة اخترعها أكلة الربا وقد ذمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اذا تبايعتم بالعين واتبعتم أذناب البقر ذلتم وظهر عليكم عدوكم أى اشتغلتم بالخرث عن الجهاد وفى رواية سلك عليكم شراركم فبدعوا خياركم فلا يستجاب لكم وقيل اياك والعينة فانها العينة ثم ذموا البياعات الكائنات الا أن أشد من بيع العينة حتى قال مشايخ بلع منهم محمد بن سلمة بلع للتجار ان العينة التى جاءت فى الحديث خير من بيعاتكم وهو صحيح فكثير من البياعات كالزيت والعسل والشجر وغير ذلك استقر الحال فيها على وزنها مظهر وقتهم اسقاط مقدار معين على الظرف وبه يصير البيع فاسدا ولا شك أن البيع الفاسد يحكم الغصب المحرم فاين هو من يبيع العينة الصحيح المختلف فى كراهته ثم الذى يقع فى قلبى أن ما يخرج منه الدافع ان فعلت صورة يعود فيها اليه هو أو بعضه كعود الثوب أو الحر بر فى الصورة الاولى وعود العشرة فى صورة افراض الخمسة عشر فبكره والافلا كراهة الاختلاف الاولى على بعض الاحتمالات كأن يحتاج المدينون فيايبى المسؤول أن يقرض بل أن يبيع ما يساوى عشرة بخمسة عشر الى أجل فيشترى به المدينون ويبيعه فى السوق بعشر حالة ولا بأس فى هذا فان الاجل قابله قسطا من الثمن والعرض غير واجب عليه اذا تم بالهو مندوب فان تركه لمجرد رغبة عنه الى زيادة الدنيا فبكره وأولعارض يعذر به فلا وانما يعرف ذلك فى خصوصيات المواد وما لم ترجع اليه العين التى خرجت منه لا يسمى بيع العينة لانه من العين المسترجعة لا العين مطلقا والا فكل بيع يبيع العينة (قوله ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فأقام المدعى البينة على الكفيل أن له على المكفول عنه ألف درهم لا يقبل) القاضى هذه البينة ولا يقضى بها لانه قضاء على غائب لم ينتصب عنه خصم اذا الكفيل فى هذه الصورة لا يكون خصما عنه لانه انما كفل عنه بماله مقضى بعد الكفالة لانه وان كان ماضيا فالمراد به المستقبل كقوله لهم أطل الله بقاءك وهذا لانه

ما زاد على الدين فانه داخل فى التمن واذا فسدت الكفالة أو لو كالة كان المشتري للمشتري وهو الكفيل والر بى أى الزيادة على الدين عليه لانه هو العاقد ومن الناس من صور للعينة صورة أخرى وهو أن يجعل المقرض والمستقرض بينهما ثالثا فى الصورة التى ذكرها فى الكتاب فيبيع صاحب الثوب الثوب باثنى عشر من المقرض ثم ان المقرض يبيعه من الثالث بعشرة ويسلم الثوب اليه ثم يبيع الثالث الثوب من المقرض بعشرة ويأخذ منه عشرة ويدفعه الى المقرض فتندفع حاجته وانما توسط الثالث احترازا عن شراء ما باع باقل مما باع قبل التمن ومنهم من صور بغير ذلك وهو مذموم اخترعها أكلة الربا وقد ذمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك فقال اذا تبايعتم بالعين واتبعتم أذناب البقر ذلتم وظهر عليكم عدوكم وقيل اياك والعينة فانها لعينة قال (ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه الخ) وجسلى كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فأقام المدعى البينة على

لان

الكفيل ان له على المكفول عنه ألف درهم لم تقبل البينة حتى يحضر المكفول عنه لان نبرها يعتمدهم الدعوى

(قوله وهو مذموم الخ) أقول نوصح ذلك تكون الزرعة مذمومة أيضا (قوله لعدم مطابقتها الخ) أقول فيه شبه

وعوادة هذه غير صحيحة لعدم مطابقتها بالكفول به وذلك لان المال المكفول به امامال مقضى به على الاصيل لدلالة ما قضى به من اخصه عبارته ودلالة ما ذاب باستلزامه على ذلك فان معنى ذاب تقرر وانما هو بالقضاء والدعوى مطلق عن ذلك فلا مطابقة بينهما ما دام مال يقضى به يجعل افظ الماضي بمعنى المستقبل كقوله اطل الله بقاءك فهو وان كان ضعيفا لان ارادة معنى المستقبل من لفظ الماضي خلافه الظاهر لا يصار اليه الا للضرورة تتعلق بعلم البلاغة غير مطابق لدعواه لا طلاقها وتفيد المكفول به حتى قبل ان ادعى على الكفيل ان قاضى بل كذا قضى له على الاصيل بعد عقد الكفالة بالف درهم واقام على ذلك بينة قبلت بينته لوجود المطابقة حينئذ والشارحون ذهبوا في تعليل هذه المسئلة الى ان المكفول به مال قضى أو يقضى به بعد الكفالة والمدعى بدعى الغايضخ أن يكون قبل عقد الكفالة وبعده فلا يدخل تحت الكفالة بالشك وليس في لفظ المصنف ما يدل على ذلك أصلا كما ترى والتعليل بدون ذلك صحيح لان المكفول به امامال مقضى ولم يدعه أو مال يقضى به ومع غيبة الاصيل لا يصح لسكونه قضاء على الغائب فلا تكون الدعوى صحيحة فلا تقبل البينة (٣٢٥) ومن أقام البينة ان له على فلان ألف درهم وان هذا كفيل عنه

بأمرة قضى به على الحاضر والغائب جميعا وان ادعى الكفالة بغير أمره قضى به على الحاضر خاصة وههنا

يحتاج الى ثلاثة فروق وذكر المصنف منها اثنين

(قوله فهو وان كان ضعيفا الخ) أقول لا يخفى عليك ان حكمه بالضعف لا يوافق المسئلة الا كناية بعد سطرين ولعل تصديرها بصيغة التبريض اشارة الى ذلك (قوله فلا يدخل تحت الكفالة بالشك) أقول لو صح هذا لم يتم الجواب في المسئلة التي مررت آنفا لما كان الشك (قوله وليس في لفظ المصنف ما يدل على ذلك) أقول وليس فيه ما يابى عنه (قوله أو مال يقضى به) أقول ولم يدعه أيضا لا يخفى (قوله ومع غيبة الاصيل لا يصح) أقول وليس في كلام

لان المكفول به مال مقضى به وهذا في افضة القضاء ظاهر وكذا في الاخرى لان معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء أو مال يقضى به وهذا ماض أو بدبه المستأنف كقوله اطل الله بقاءك والدعوى مطلق عن ذلك فلا تصح (ومن أقام البينة ان له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه بأمرة فانه يقضى به على الكفيل وعلى المكفول عنه وان كانت الكفالة بغير أمره يقضى على الكفيل خاصة)

جعل الذوب شرطاً والشرط لا بد من كونه مستقبلا على خطر الوجود فيالم لوجود الذوب بعد الكفالة لا يكون كفيلا (والدعوى مطلق عن ذلك) والبينة لم تشهد بقضاء مال وجب بعد الكفالة فلم تقم على من انصف بكونه كفيلا على الغائب بل على أجنبي اذ لا ينتصب خصما (وهذا في لفظ القضاء ظاهر وكذا في الاخرى) وهي افضة ذاب (لان معنى ذاب تقرر) وجب (وهو بالقضاء) بعد الكفالة حتى لو ادعى اني قدمت الغائب الى قاضى كذا وأنت عليه بينة بكذا بعد الكفالة وقضى لي عليه بذلك واقام البينة على ذلك صار كفيلا وصحت الدعوى وقضى على الكفيل بالمال لصيرورته خصما عن الغائب سواء كانت الكفالة بأمرة أو بغير أمره الا انه اذا كانت بغير أمره يكون القضاء على الكفيل خاصة وقد من من مسائل الذوب ونحوه عند مسئلة تعليق الكفالة بالشرط ولو ضمن عن ما باعه أو دأينه أو أقرضه فغاب المطالب فبهرن الطالب على الكفيل انه كفيل به وقد دأينه أو أقرضه بعده ويحسد الكفيل ذلك قضى على الكفيل والغائب بالاختلاف لان الضمان مقيد بصفة ولا يكتفى القضاء به الا بعد القضاء على الغائب فينتصب الكفيل خصما عنه فيقع القضاء عليهما (قوله ومن أقام البينة) صورته في الجامع وقال يعقوب ومحمد ههما الله اذا كفيل عن رجل بمال موجد بأمرة المكفول عنه فغاب المكفول عنه فغاب الطالب بالكفيل فاقام عليه بينة ان له على فلان كذا وان هذا كفيل له بأمرة فلان عن فلان فاقضى بشهادتهم بالمال على هذا وعلى المكفول عنه الغائب فان كانت الكفالة بغير

الدين معلوما وقدر الدين مع تلك الزيادة ثمن الساعة فيكون الثمن مجهولا (قوله أو مال يقضى به) معطوف على قوله مال مقضى به (قوله وهذا ماض) أي قوله بما ذاب له أو قضى له ماض أو بدبه المستقبل كقوله اطل الله بقاءك أي المكفول به مال يقضى به له على الاصيل بعد الكفالة والمدعى في دعواه ان له على المكفول عنه ألف درهم لم يتعرض ان القاضى قضى به بعد الكفالة وليس من ضروره كون الالف على الاصيل أن يكون ذاب عليه ولزمه بعد الكفالة ولهذا لو أقر الكفيل على الاصيل بمال الطالب لا يلزمه

المصنف ما يدل على ذلك أيضا لا يخفى (قوله لسكونه قضاء على الغائب الخ) أقول قال الحشى الشهير يعقوب باشا في ان القضاء على الغائب صحيح في مثل هذه المسئلة قال في الفصول لعامة اذا ادعى رجل انه كفيل من فلان بما ذوب له عليه فاقدم المدعى عليه الكفالة وأسكر الحق واقام المدعى البينة انه ذاب له على فلان كذا فانه يقضى به في حق الكفيل الحاضر وفي حق الغائب جميعا حتى لو حضر الغائب وأسكر لا يلتفت الى انكاره انتهى ونحوه نقول يمكن أن يجاب عنه بان يقال ان الكفيل يكون هناك خصما بخلاف ما نحن فيه ويؤيد هذا الجواب ما ذكره العلامة السكاكي في شرحه حيث قال لا نه كفيل بما قضى له على الاصيل بعد الكفالة فلم يصح المال مقضيا به على المكفول عنه لا يكون الكفيل كفيلا فلا يكون خصما ولا يمكن القضاء على الاصيل بهذه البينة حال غيبته لانه يكون قضاء على الغائب وهو لا يصح عندنا أو أحدهم عند الشافعي ومالك ولذلك توقف قبول البينة والقضاء على المكفول عنه الى أن يحضر حتى يكون الكفيل بالدين المقضى به على الاصيل كما شرط في عقد الكفالة ألا ترى انه لو أقر الكفيل على الاصيل بمال الطالب لا يلزمه اذا حضر الاصيل واذا حضر الاصيل ومضى عليه فحينئذ يلزم الكفيل الخ

أحدهما ان البيئة قبلت ههنا دون ما تقدم لان المكفول به ههنا مال مطلق عن التوصيف لكونه مقضيا به أو بقضى به فكانت الدعوى مطابقة للمدعى به فصحت وقبلت البيئة لا بتنازع على دعوى صحيحة بخلاف ما تقدم كما مر ومن الفرق بينهما ان هذا لو صدقه فقال قد كفلت لك بمأذاب لا عليه أى بما قضى لك عليه ولكن ليس لك عليه شئ لم يلزمه شئ من المال وههنا لو قال كفلت لك عنه بالع درهم لكن ليس لك شئ لم يلتفت اليه والثاني الفرق بين الكفالة بامر والكفالة بغير أمر مع ان القضاء على الغائب لا يجوز فكان الواجب عدم التفرقة في أن لا يكون الكفيل خصما عن الاصيل بين أن يكون (٣٢٦) بامرو وبين ان يكون بغيره ووجه ذلك ما ذكره بقوله لانهما يتغايران لان الكفالة

وانما تقبل لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وانما يختلف بالامر وعدمه لانهما يتغايران لان الكفالة بامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير أمر تبرع ابتداء وانتهاء فبدعواه أحدهما لا يقضى له بالآخر واذا قضى بها بالامر ثبت أمره وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير أمر لا تمس جانبه لانه تعهد صحته قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفي الكفالة بامر به يرجع الكفيل

أمر الغائب قضيت بالمال على الكفيل ولم يكن الكفيل بخصم عن الغائب انتهى يعني فلا يقع القضاء على الاصيل وانما خص قوله بما بالذكر لانه لم يحفظ عن أبي حنيفة اتصاله الآن في المسئلة اختلافا (وانما قبلت) هذه البيئة ولم تقبل فيما قبلها (لان المكفول به) ههنا (مال مطلق) ودعوى المدعى مطلقة أيضا فصحت فقبلت البيئة لانها بناء على صحة الدعوى (بخلاف ما قبلها) لان المكفول به ههنا مال مقيد بكون وجوبه بعد الكفالة وان كان مقيدا بخصوص كمية ولم يطابقه دعوى للمدعى ولا البيئة (وانما اختلف) القضاء (بالامر وعدمه) حتى يقع القضاء عليه في الامر فيرجع الكفيل ولو حضر الغائب لا يحتاج الى اقامة البيئة عليه بالمال لانه قد قضى عليه به وعلى الكفيل وحده اذ لم يكن أمر فلا يرجع (لانهما) أى الكفالة بالامر وبغير الامر (يتغايران لان الكفالة بالامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير الامر تبرع ابتداء وانتهاء فدعواه أحدهما) وهو مجرد التبرع ابتداء وانتهاء (لا يقضى له بالآخر) وهو المعاوضة لثبت له الرجوع ويكون الغائب مقضيا عليه (واذا قضى بها) أى بالبيئة (بالامر ثبت أمره) أى أمر المكفول عنه (وأمره يتضمن اقرار الاصيل بالمال) اذ لا يأمر غيره بقضاء ما عليه الا وهو معترف بان عليه للمقضى له ديننا (فيصير مقضيا عليه بخلاف الكفالة بغير أمر) فانها (لا تمس جانبه) أى جانب الاصيل (لان صحة الكفالة) بلا أمر المكفول (انما تعمد قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى الى الاصيل) اذ زعمه لا يلزم غيره (ثم في الكفالة بامر به يرجع الكفيل

الا اذا حضر الاصيل وقضى عليه فيثبت يلزم الكفيل وقبل ذلك كانت على الغائب والبيئة على الغائب لا تقبل حتى لو قال الطالب اني قدمت المطلوب بعد الكفالة الى فلان القاضي وأتمت البيئة عليه بالف وقضى لي بذلك عليه فصررت كقبلا بذلك صحت الدعوى حتى لو أنكر الكفيل فاقام الطالب البيئة عليه بذلك قضى القاضي على الكفيل والغائب بالالف لانه ثبت الوصف حتى لو أقر لزعم (قوله وانما تقبل) أى البيئة من المدعى في هذه المسئلة وهى ما اذا أقام البيئة ان له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه بامر لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وهو ما اذا كفل عن رجل بمأذابه أو بما قضى له فكان المكفول به مالا موصوفا بكونه مقضيا به على المكفول عنه بعد الكفالة فلم يجب المال على المكفول عنه بتلك الصفة لا يجب على الكفيل فكان دعوى المدعى ههنا غير متعرض لهذا المال الموصوف على المكفول عنه فلذلك لم تقبل وأما ههنا ادعى المدعى على الكفيل الكفالة بمال مطلق أى غير موصوف بانه قضى به على المكفول عنه فأقام البيئة على وفق دعواه فلذلك يقضى به على الكفيل (قوله وانما يختلف بالامر وعدمه) أى فيما اذا كان بالامر

بامر به تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير أمر تبرع ابتداء وانتهاء وكل ما كان كذلك فهما غيران لا محالة واذا ثبت ذلك فبدعواه أحدهما لا يقضى له بالآخر لان الحاكم انما يقضى بالسبب الذي يدعيه المدعى ألا ترى أنه لو ادعى الملك بالشراء لا يجوز له القضاء بالهبة وان كان حكمهما واحدا وهو الملك فاذا ادعى المدعى الكفالة بالامر وقضى بالكفالة بالامر بيئته ثبت أمره بحجة كاملة والامر بالكفالة يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه فلو حضر الغائب بعد ذلك لا يحتاج الى اقامة البيئة عليه واذا ادعاه بغير أمره فانها لا تمس جانب الغائب اذ ليس من ضرره وجوب المال على الكفيل وجوبه على الاصيل لانه أى الشأن ان صحة الكفالة بغير أمر تعمد قيام الدين في زعم الكفيل حتى لو قال اعلان على فلان ألف درهم وأبانه كفيل وجب المال عليه

وان لم يجب على الاصيل شئ فلا يتعدى الدين عن الكفيل الى الاصيل والفرق الثالث بين ما نحن فيه من المسئلة وبين ما اذا أجهم فادعى على رجل انه كفل له عن فلان بكل مال له قبله ولم يغسروا أقام على ذلك بيئته ان له على الغائب ألف درهم كانت له قبل الكفالة فانه يقضى بها على الكفيل والاصيل سواء ادعى الكفالة بامر أو بغيره ووجهه ان الحاضر انما ينتصب خصما عن الغائب اذ لم يكن اثبات ما يدعى على الحاضر الا بآبائات ما يدعى على الغائب والكفالة اذا كانت بمعلوم أمكن القضاء عليه بدون القضاء على الاصيل لانه معلوم ومعلوم بذاته واذا كانت مجهول لا تصح ما لم يكن على الاصيل لان المجهول يحتاج الى التعريف والتعريف انما يحصل بما كان على الاصيل فيصير كانه قال ان كان لك على فلان مال فانا كفيل فائتبه المدعى وسياتي تمام ذلك (قوله وفي الكفالة بامر به)

بجوز أن يكون فرقا آخر
بين ما إذا أقام البينة على
الكفالة بأمر وبين ما إذا
أقام علمه بغيره فان الثابت
بالبينة كالثابت عيانا ولو
ثبتت الكفالة بالأمر عيانا
رجع الكفيل بما أدى على
الاصيل فكذا إذا ثبتت
بالبينة وقال زفر لما أنكر
الكفيل الكفالة فقد زعم
أن الطالب ظلم والمطلوم
لا يظلم غيره وقلنا لما قضى
لقاضى عليه صار مكذبا رعا
فبطل ما زعمه كمن اشترى
شيئا وأقر بان البائع باع
ملك نفسه ثم جاء انسان
واسقطه بالبينة لا يبطال
حقه في الرجوع بالبينة على
البائع بالثمن لان الشرع
كذبه في زعمه ونوقض بما
قال محمد فبن اشترى عبدا
فباعه ورد عليه بعيب بالبينة
بعدها أنكر العيب به ثم أراد
أن يرد عليه بانه لم يكن
له ذلك عند محمد رحمه الله
خلاف لابن يوسف حيث لم
يبطل زعمه مع ان القاضى
لما قضى عليه بالرد بالعيب
كذبه في زعمه وأوجب بانه
انما لم يكن له أن يرد على
بانه لان قوله لا عيب فيه
نفى للعيب في الحال والماضى
والقاضى انما كذبه في قيام
العيب عند البيع الثانى
دون الاول لان قيام

بما أدى على الاصر وقال زفر رحمه الله لا يرجع لانه لما أنكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول صار
مكذبا شرعا فبطل ما زعمه

بما أدى على الاصر) حيث ثبت الامر (وقال زفر رحمه الله لا يرجع لانه لما أنكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم
غيره) وهو الاصيل (ونحن نقول) قد (صار) الكفيل في انكاره الدرس على الاصيل (مكذبا شرعا) بقيام البينة
بخلافه (فيبطل زعمه) فيثبت حكم الكفالة بالامر وهذا كمن اشترى عبدا واعترف بانه ملك البائع ثم استحق
بالبينة فانه يرجع على البائع بثمنه وان كان معترفا بان البائع ظلم واستشكل عليه قول محمد فبن اشترى عبدا
فباعه فرد عليه بعيب بالبينة بعد انكاره العيب فعند محمد لا يرد على بانه بخلاف لابن يوسف فلم يبطل زعمه
بالقضاء بالبينة أوجب بانه لا يرد لان قوله لا عيب فيه نفى للعيب في الحال والماضى والقاضى انما كذبه في
قيام العيب عند البيع الثانى دون الاول لان قيام العيب عند البيع الاول ليس شرط الرد على الثانى وفى
الجامع الكبير جعل المسئلة على أربعة أو خمسة فقال اما أن تكون الكفالة مطلقة نحو أن يقول كفلت
بمالك على فلان أو مقيدة نحو أن يقول كفلت لك عن فلان بالف درهم وكل وجه على وجهين اما أن تكون
الكفالة بأمر أو بغير أمره فان كانت مطلقة فالقضاء على الكفيل قضاء على الاصيل سواء كانت
بأمره أو بغير أمره لان الطالب لا يتوصل الى اثبات حق الكفيل الا بعد اثباته على الاصيل لما ذكرنا أن القول
قول الكفيل انه ليس للطالب على الاصيل شيئا وإذا كان كذلك صار الكفيل خصمه ما عساه وان كان غائبا
والمذهب عندنا أن القضاء على الغائب لا يجوز الا اذا ادعى على الحاضر حقا لا يتوصل اليه الا باثباته على الغائب
قال مشايخنا وهذا طريق من أراد اثبات الدين على الغائب من غير أن يكون بين الغائب والكفيل اتصال وكذا
اذا خاف الطالب موت الشاهد يتواضع مع رجل ويدين عليه مثل هذه الكفالة فيقر الرجل بالكفالة

يقضى به على الاصيل أيضا وفيما اذا كان بغير أمره يقضى به على الكفيل خاصة لان الكفالة بأمره تبرع
ابتداء ومعاوضة انتهت بغير أمره تبرع محض اذ لا رجوع فيه فاذا ادعى بأمره لم يصح القضاء بغير أمره
وذلك غير مشهود به ومن ضرورة القضاء بالامر التعدي الى الغائب والا لا يكون معاوضة لان أمر الاصيل
الكفيل بالكفالة اقرار منه بالمال فيصير مقضيا عليه ضرورة وإذا كانت الكفالة بغير أمر فليس من
ضرورة صحتهما التعدي الى الغائب لانهم لا تعس جانب المكفول عنه لان صحتهما تعديا لقيام البينة من زعم الكفيل
ولو قال تكفلات لي عن فلان بكل مالى عليه وانه كان لي عليه ألف درهم وبرهن على المال والكفالة قضى عليه
وعلى الغائب ادعى الامر ولا اذا كان بأمر يرجع والا * والعرق بين هذا وبين ما اذا قال ان لي على
فلان كذا وهذا كفيل عنه وأقام البينة قضى على الكفيل خاصة ان قوله كفلت عن فلان بالف درهم لك عليه
اقرار بوجوده عليه من جهة الكفيل واذا كان له حقه فيحتاج الى القضاء على الاصيل * وأما قوله كفلت
لك بكل مال لك عليه فليس باقرار من له حقه بشيء عليه لانه لم يقدره الا ترى انه لو كفل هكذا ثم أنكر المال
على الاصيل كان القول له فصار يقدره بكل مال لك عليه ان كان لك عليه شيء واذا صار معاقصا صار القضاء بالمال
على الاصيل شرط الوجوب المال على الكفيل فصار القضاء على الكفيل مقتضا لشرطه ولان في الكفالة
المهمة لم يمكن اثبات شيء على الكفيل الا باثباته على الاصيل انتصب الحاضر خصمه ما عساه ويمكن اثبات المال
على الكفيل فيما اذا كانت الكفالة بمال مقدور فاقصر على الكفيل * قال مشايخنا رجوعهم الله وهذا
طريق من أراد اثبات الدين على الغائب من غير أن يكون بين الكفيل وبين الغائب اتصال وكذا كل من
ادعى على آخر حقا لا يثبت عليه الا بالقضاء على الغائب كان الحاضر خصمه ما عساه لان الغائب لا ترى أن من قذف
رجلا وادعى المقدوف الحد فقال القاذف قذفته وهو عبد فاقام المقدوف عليه البينة انه كان عبدا فلان وقد
اعتقه قضى بعتقه لانه ادعى لنفسه حقا لا يتوصل الى اثباته الا باثبات العتق فصار القاذف خصما عن الغائب
فصار القضاء عليه قضاء على الغائب (قوله ونحن نقول صار مكذبا شرعا) هذا كمن اشترى شيئا وأقر ان البائع

الغيب عند البيع الاول ليس بشرط للردي الثاني فافترا قال (ومن باع دارا وكفل رجل بالدار الخ) ومن باع دارا وكفل رجل بالدار الخ وهو التبعة على ما مر والمراد قبول رد الثمن عند استحقاق المبيع فهو تسليم أي تصديق من الكفيل بان الدار ملك للبائع فلا بد على الدار بعد ذلك لنفسه على المشتري لا تسمع دعواه لان (٣٢٨) الكفالة اما ان تكون مشروطة في البيع أو لا فان كان الاول وهو شرط ملام

قال (ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدار فهو تسليم) لان الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته وان لم تكن مشروطة فيه فالمراد به أحكام البيع وترغب المشتري فيه الا يرغب فيه دون الكفالة فله منزلة الاقرار بملك البائع قال (ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليم)

وينكر الدين فيقيم المدعي البينة على الدين فيقضى به على الكفيل والاصل ثم بغير الكفيل وكذا الحوالة على هذه الوجوه وكذا كل من ادعى حقا لا يثبت على المدعي عليه الا بالقضاء على الغائب يكون الحاضر خصما عن الغائب كمن قذف رجلا فادعى المقدوف الحد فحال القاذف قد قتم وهو عبد فاقام المقدوف عليه بينة أنه كان عبد القلان وأنه عتقه قضى بعتقه على فلان لانه ادعى حقا وهو الحد لا يتوصل الى اثباته الا بآيات العتق فصار القاذف خصما عن فلان سيد العبد الغائب ويثبت القضاء عليه وكذا عبد ما ذون عليه دين فقال رجل لصاحب الدين أنا ضامن لدينك ان أعتقه مولا فاعتقه ثم أقام صاحب الدين بينة أن مولا أعتقه بعد كفالة الكفيل واكان فيه قضاء على الغائب وقضاء للغائب وهذا كله استحسن استحسنه علماء ناصبنا للعقود (قوله) ومن باع دارا وكفل عنه رجل بالدار فهو تسليم) وقد بينا ان ضمان الدار هو وقبول الثمن عند استحقاق المبيع وقوله تسليم أي تصديق من الكفيل أن المبيع ملك للبائع فلا بد على الدار بعد ذلك لنفسه لا تسمع دعواه اذ لو صح رجوع المشتري بالثمن على الكفيل بحكم الكفالة فلا يفيد أيضا (فالكفالة ان كانت مشروطة في البيع) بان باع بشرط أن يكفله (فتمام البيع بقبوله) أي بقبول الكفيل (ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم به) ولهذا تبطل شفعته لو كان الكفيل شفعيا (وان لم يكن) أي عقد الكفالة (مشروطة فيه فالمراد به أحكام البيع وترغب المشتري اذ لا يرغب فيه الا بالكفالة) تسكين القلب (فبئز عقد الكفالة) (منزلة الاقرار بملك البائع) والا كان تغير برأيه يصح دعواه اياه اولا بعد ذلك هذا اذا كفل فاما اذا لم يكفل ولكنه شهد على البيع ثم ادعاها بعد شهادته ان كان رسم مكتوب باعلى الصلح وفي الصلح ما يفيد الاعتراف بملك البائع مثل باع فلان بن فلان جميع اثار الجار بقرى ما ليك به يباعا تانا فذا تم كتب بذلك أو كتب حري ذلك فكذلك لا تسمع دعواه لها وان لم بعد ذلك مثل أن يكتب في الصلح باع فلان من فلان جميع الدار أو أقر بالبيع بحضرتي والشراء ثم كتب شهدت بذلك أو كتب حري ذلك لا تمنع دعواه فيها فله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة ليسعى بعد ذلك في تثبيت البينة وقوله (وختم) هو أمر كان في زمانهم اذا كتب اسمه في الصلح جعل اسمه تحت رصاص

باع ملك نفسه ثم جاء انسان واستحققه بالبينة لا يطل حقه في الرجوع على البائع بالثمن لانه صار مكذبا شرعا * والفرق لمحمد رحمه الله بين هذا وبين ما اذا اشترى عبدا ثم باعه ومرد عليه بغير البينة بعد ما أنكر العيب وأراد أن يرد عليه بانه لم يكن له ذلك مع ان القاضي لما قضى عليه بالرد بالعيب فقد كذبه في زعمه وهو ان قوله لا عيب فيه نفي العيب في الحال والماضي والقاضي انما كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الاول لان قيام العيب عند البيع الاول ليس بشرط للردي الثاني (قوله) وكفل عنه رجل بالدار فهو تسليم) ضمان الدار عبارة عن قبول رد الثمن عند استحقاق المبيع ومعنى قوله فهو تسليم تصديق من الكفيل بان الدار ملك البائع حتى لا يسمع دعواه الدار لنفسه بعد ذلك لان الكفالة اذا شرطت في البيع يتوقف جواز البيع على قبول الكفيل في المجلس فاذا قبل في المجلس حتى انبرم البيع كان الكفيل بهذه الدعوى ساعيا في نقض ما أوجبه ومن سعى في نقض ما أوجبه من جهته ضل سعيه في الحياة الدنيا (قوله) ولو شهد وختم أي كتب

للعقد اذ البرك يثبت بلا شرط كفالة والشرط يزيد وكافة فتمام البيع انما يكون بقبول الكفيل فمكانه هو الواجب للعقد فالدعوى بعد ذلك منه سعى في نقض ما تم من جهته وهو باطل ولهذا لو كان الكفيل شفعيا بطلت شفعته وبطلان السعي في نقض ما تم من جهته من مسلمات هذا الفن لا يقبل التشكيك بالاقالة ونحوها فانما هي حجة وان كان طلبها سعيافي نقض ما تم من جهة الطالب على ان المراد بالنقض ما يكون بغير رضا الخصم والاقالة ليست كذلك فهي قبيح لا نقض وان كان الثاني فالمراد بالكفالة أحكام البيع وترغب المشتري لاحتمال أن لا يرغب المشتري في شراء المبيع مخافة الاستحقاق فتدفع تسكيننا لقلبه فصار كأنه قال اشترى هذه الدار ولا تبطل فانها ملك البائع فان أدركت دولا فانما ضامن وذلك اقرار بملك البائع ومن أقر بملك البائع لا يصح دعواه بعد ذلك وانما قال فبئز منزلة الاقرار لانه يؤل اليه في المعنى قال (ولو شهد وختم الخ) لو شهد

الشاهد على بيع الدار وختم شهادته بان كتب اسمه في الصلح وجعل اسمه تحت رصاص مكتوبا وهو

ووضع عليه نقش خاتم حتى لا يجرى عليه التزوير والتبديل كذا ذكره شمس الأئمة الحلواني ولم يكفل لم يكن ذلك تسليم وهو على دعواه قبل قوله وختم وقع اتقا باعتبار عرف كان في زمانهم ولم يبق في زماننا ان الحكم لا يتفاوت بين أن يكون فيه ختم أو لا فان ادعى لنفسه تسمع دعواه

(قوله) وبطلان السعي في نقض ما تم الخ) أقول فيه ناسل

وتقبل شهادته لغيره أيضا لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع لعدم الملاءم ولا هي باقرار بالملك لان البيع نارة نو جدمن المالك ونأخرى من غيره فالشهادة على انه باع لا تكون اقرارا بانه باع ملكه ولعله انما كتب الشهادة لحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم من ضمان الدليل فانه اقرار بالملك لما تقدم قال مشايخنا ما ذكر ان الشهادة على البيع لا تكون تسليميا محمول على ما اذا لم يكتب في الصك ما يوجب صحة البيع ونفاذه مثل أن يكون المكتوب فيه باع فلان أو جرى البيع بين فلان وفلان فشهد على ذلك وكتب شاهد فلان البيع أو جرى البيع بمشهدى وأما اذا كتب فيه ما يوجب صحته ونفاذه مثل أن يقول باع فلان كذا وهو ملكه وكتب الشاهد شهد بذلك فانه تسليم فلا تصح دعواه الا أن يشهد على اقرار المتعاقدين فانه ليس بتسليم وان كان المكتوب في الصك ما يدل على الصحة (٣٢٩) والنفاذ (فصل في الضمان) *

(ومن باع لرجل ثوبا بالخ) الضمان والكفالة في هذا الباب بمعنى واحد ولما كان مسائل الجامع الصغير وردت بلفظ الضمان فصلها التعامير في اللفظ واعلم أن كل من رجس البسه حقوق العقد لا يصح منه التزام المطالبة ما يجب به فن وكل رجلا يبيع ثوب ففعل وضمن له الثمن فالضمان باطل وكذا المضارب اذا باع من المتاع شربا وضمن لرب المال لان الكفالة التزام المطالبة وهو ظاهر مما تقدم والمطالبة اليهما أى الى الوكيل والمضارب لان حق القبض للوكيل بجهة الاصاله في البيع بناء على ما هو الاصل ان حقوق العقد ترجع الى الوكيل حتى لو حلف المشتري ما له وكل عليه شئ كان بارا في عينه ولو حلف ما للوكيل عليه شئ كان حائثا وكذا المضارب واذا كان كذلك فلو صح الضمان لزم أن يكون الشخص ضامنا لنفسه وفلسه لا يخفى

وهو على دعواه لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع ولا هي باقرار بالملك لان البيع مرة نو جدمن المالك ونارة من غيره ولعله كتب الشهادة لحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا اذا كتب في الصك باع وهو ملكه أو بيعا بانا فاذ هو وكتب شهد بذلك فهو تسليم الا اذا كتب الشهادة على اقرار المتعاقدين (فصل في الضمان) * قال (ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن أو مضارب ضمن ثمن متاع رب المال فالضمان باطل) لان الكفالة التزام المطالبة وهي اليهما فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه

مكتوبا ووضع نقش خاتمه حتى لا يطرقة التبديل وليس هذا في زماننا (فصل في الضمان) * الضمان هو الكفالة لكن لما كانت هذه المسائل مسائل الجامع الصغير وذكر فيه بلفظ الضمان أو رد هاهنا ترجمة بذلك (قوله ومن باع لرجل ثوبا) الا لام في رجل لام الملك أى باع ثوبا هو لرجل بطريق الوكيل عنه في بيعه (وضمن) الوكيل (له) أى لرجل المالك (الثمن أو مضارب ضمن ثمن متاع رب المال) فالضمان باطل لان الكفالة وهي الضمان (التزام المطالبة والمطالبة اليهما) أى الى الوكيل والمضارب (فصير كل منهما ضامنا لنفسه) فيصير مطالبا لمطالبا وهذا لان حقوق العقد ترجع اليهما حتى شهادته في صك الشراء وختم على ذلك الصك ثم ادعى الشاهد بعد ذلك ان الدار له يسمع دعواه ولا يكون كتابة الشهادة على الصك وختمه تسليما باقرار بان المبيع ملك البائع لان البيع كالمو جدمن البائع لو جدم من غيره وله أن يقول انما كتبت شهادتي لحفظ الحادثة أولا تأمل ان في هذا العقد ضرر افارده أو نفع فاجيزه والشهادة لا تكون مشروطة في البيع أيضا بخلاف الكفالة حتى لو شهد بالبيع عند القاضي وقضى بشهادته أو لم يقض حتى ادعى بعده لا يسمع دعواه لان الشهادة بالبيع على انسان اقرار بصحة البيع باتفاق الروايات لان العاقل يقصد بقوله الصحة والجواز فيصير دعوى المالك لنفسه بعد ذلك تناقضا والتناقض يمنع صحة الدعوى وأما كتابة الشهادة في الصك لا يتعلق بها حكم من الاحكام بل هي مجرد اخبار بالبيع ولو أخبر بان فلان باع هذا العبد ثم ادعاه بعده لنفسه تصح دعواه قال مشايخنا رجحهم الله الجواب المسد كور في كتابة الشهادة محمول على ما اذا كتب شاهد فلان البيع والشراء أو كتب جرى البيع بمشهدى أو كتب اقرارا بالبيع والشراء عندي اما اذا كتب في الشهادة ما يوجب صحة البيع ونفاذه بان كان في صك البيع باع فلان كذا وهو ملكه أو باع بيعا بانا فاذ هو وكتب شهد بذلك فلا تصح دعواه بعد ذلك ومنى كان في الصك باع فلان كذا أو اقرانه باع ملكه والشاهد كتب شهد بذلك تصح دعواه وقوله وختم اشارة الى عرف زمانهم فان الرجل اذا كتب شهادته في صك الشراء يختم في آخره حتى يكون ذلك علامة الكتابة وصيانة عن التغير والتبديل ولم يبق ذلك العرف في زماننا والحكم لا يتفاوت بين أن يكون فيه ختم أم لا (فصل في الضمان) * (قوله ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن) يعني الوكيل باع ثوبا وضمن الثمن للموكل عن

(٤٣) - (فتح القدير والكفاية) - (سادس) ولا يتوهم التصحيح باختلاف الجهة فانه أمر اعتباري لا يظهر عند الخصومة ولان المال أمانة في أيدي الوكيل والمضارب وهو ظاهر فلو صح ضمانهما حال كانا ضامنين فافترضناه أمينا لم يكن أمينا وذلك خلاف باطل فيكون الضمان تغيير الحكم الشرعي وليس للعبد ذلك لنزعه الى الشركة في الربو وقد قررنا بطلان ذلك في التقرر برقرارنا فبرد عليه كاشترط الضمان على الموعد والمستعير فانهم ما لو ضمنوا الوديعة والعارية للموعد والمعير لم يجر ذلك ولغاقل أن يقول الوكالة بانقرادها مشروعة والكفالة كذلك فلم لا يجوز أن يكون المال أمانة بأيديهم ما اذا لم يضمنه فاما اذا ضمنوا فيكون ذلك فعلا لا مائة الى الضمان ونحوه لا من حكم شرعي الى حكم شرعي فصار (فصل في الضمان) *

كما اذا باع بالف ثم باع بالف وخسما متوالجواب أن رفع الأمانة إنما يكون بطلان الوكالة لا بخلاف المعلوم عن علته وبطلانها حينئذ انما يكون ضرورة صحة الكفالة والكفالة ههنا بمنزلة الفرع للوكالة لانه كفل بما وجب بالوكالة فلا يجوز أن تصحح على وجه يبطل به أصلها بخلاف مسألة البيع فان الثاني ليس فرعاً للاول وكذلك اذا باع رجلان عبداً صفقة واحدة وضمن أحدهما صاحبه حصته من الثمن لم يصح لانه ان صح فان كان حصته من الثمن شائعاً صار ضمانه لنفسه وقد تقدم فسادُه وان صح في نصيبه مفرزاً أدى الى قسمة الدين قبل قبضه وذلك لا يجوز لان القسمة افراز وذلك اما أن يكون حساً أو بوصف مميز وكلاهما فيما في الذمة من الدين غير متصور وذكروا في الفوائد الظهيرية في تعليقه لان ما يستحق بنصيب أحدهما فلا تخراً يشاركه فيه اذا كان مالا بدليل ان أحدهما لو اشترى بنصيبه منه شيئاً كان لا بأساً ولا يشاركه ولو صح الضمان فياؤديه الضامن (٣٣٠) يكون بينهما وبين المضمون له فكان له أن يرجع بنصفه على الشريك فاذا رجع بطل

حكم الاداء في مقدار ما وقع فيه الرجوع ويصير كأنه ما أدى الا الباقي فكان للضامن أن يرجع بنصف الباقي ثم وثم إلى أن لا يبقى شيء فهذا معنى قول مشايخنا ان في تجوز هذا الضمان ابتداءً بطلانه انتهاءً فقلنا يبطل لانه ابتداءً ولا معنى لما قبل في تعليقه هذه المسائل لو صح الضمان اما أن يصح بنصف شائع أو بنصف هو نصيب شريك لان الضمان يضاف الى نصيب شريكه فكيف يصح شائعاً وقوله ولا وجه الى الثاني لما فيه من قسمة الدين قبل القبض لا معنى لهذا أيضاً لان انعقاد الاجماع على أن أحدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز وليس فيه معنى القسمة فكذلك اذا ضمن أحدهما بنصيب شريكه ولكن التعويل على ما قبل انه لو صح الضمان فياؤديه الضامن يكون مشتركة بينهما وبين المضمون له فكان له أن يرجع بنصفه على الشريك لان ما يستحق بنصيب أحدهما فلا تخراً يشاركه فيه فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع الرجوع فيه ويصير كأنه ما أدى الا الباقي ثم وثم إلى أن لا يبقى شيء وهذا معنى قول مشايخنا رجعهم ان في تجوز هذا الضمان ابتداءً بطلانه انتهاءً

ولو ان المال أمانة في أيديهم ما والضمان تغيير حكم الشرع فيرد عليه كاشتراطه على المودع والمستعير (وكذا رجلان باعا عبداً صفقة واحدة وضمن أحدهما صاحبه حصته من الثمن) لانه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضماناً لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه خاصة يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك لو حلف المشتري ماله وكل عليه دين بولو حلف ماله وكل عليه شيء حنث بخلاف الوكيل بالنسكاح عن المرأة حيث يصح ضمانه المهر لها عن الزوج لانه لا يغير لا ترجع اليه حقوق العقد فليس له المطالبة بالمهر على ما سلف فلا يصير ضماناً لنفسه (ولان المال في يد كل من الوكيل والمضارب أمانة) فلا يصير مضموناً عليهما ولا يصح الضمان لاستلزامه تغيير حكم الشرع وصار (كاشتراط الضمان على المودع والمستعير وكذلك) أي لا يصح الضمان أيضاً فيما (اذا باع رجلان عبداً) مثلاً بينهما (صفقة واحدة وضمن أحدهما صاحبه حصته من الثمن لانه لو صح الضمان مع الشركة) بان ضمن نصف الثمن مطلقاً (يصير ضماناً لنفسه) لان كل جزء من الثمن مشترك بينهما فاستحق بنصيب أحدهما فلا تخراً يشاركه فيه فياؤديه الضامن الشريك يكون بينهما وبين المضمون له فكان له الرجوع بنصفه على الشريك فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع الرجوع فيه ويصير كأنه ما أدى الا الباقي فكان للضامن أن يرجع بنصف الباقي ثم وثم إلى أن لا يبقى شيء أو يبقى الجزء الذي لا يتجزأ فظهر لزوم بطلان الضمان من حيث صح (ولو كان ضمن نصيب شريكه خاصة يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه وهو لا يجوز) لانه في الذمة لا يقبل القسمة لان افراز ولا يمكن الا في عين خارجية والدين وصرف اعتباري ويرد عليه اختيار الثاني ونقل الاجماع على أن أحدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز كأنه لو باع نصيبه من العين يجوز وليس فيه معنى قسمة الدين قبل قبضه فعلى الوجه الذي صح هذا

المشتري (قوله لو صح الضمان مع الشركة يصير ضماناً لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه وفي الفوائد الظهيرية لا معنى لهذا التردد لان الضمان مضاف الى نصيب شريكه فكيف يصح شائعاً ولا معنى لا قول بأن فيه قسمة الدين قبل القبض لان انعقاد الاجماع على أن أحدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز وليس فيه معنى قسمة الدين فكذلك اذا ضمن أحدهما بنصيب شريكه ولكن التعويل على ما قبل انه لو صح الضمان فياؤديه الضامن يكون مشتركة بينهما وبين المضمون له فكان له أن يرجع بنصفه على الشريك لان ما يستحق بنصيب أحدهما فلا تخراً يشاركه فيه فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع الرجوع فيه ويصير كأنه ما أدى الا الباقي ثم وثم إلى أن لا يبقى شيء وهذا معنى قول مشايخنا رجعهم ان في تجوز هذا الضمان ابتداءً بطلانه انتهاءً

حكم الاداء في مقدار ما وقع فيه الرجوع انما يصح ان لو كان الرجوع باعتبار نقص ما أدى وهو ممنوع بل هو بخلاف من حيث انه استيفاء لما يستحقه عليه ولم يبق له حق فيما بقي هذا الاعتبار فلا يرجع فيه وقوله لان الضمان يضاف الى نصيب شريكه فكيف (قوله كان لا بأساً ولا يشاركه) أقول غير مسلم قال صاحب الهداية في فصل في الدين المشترك من كتاب الصلح ولا سبيل للشريك على التوب لانه ملكه بعقده (قوله ولو صح الضمان فياؤديه الضامن) أقول الظاهر أن يقال فيما يؤديه (قوله لان الضمان يضاف الى نصيب شريكه) أقول تعليل لقوله ولا معنى لما قبل الخ (قوله وليس فيه معنى القسمة) أقول أجاب عنه الشارح في كتاب الصلح بان القسمة في صورة البيع ضمنية فلا يعتبر لها فراجع (قوله نفعه صاحب النهاية) أقول نفعه من الفوائد الظهيرية

يصح شائعا يحجب عليه بان نصيب الشريك وهو النصف مثله اعتبارا ان اعتبارا نصف شائع في كل جزء من أجزاء الثمن واعتبارا نصف مقر في بعض افراده لاتعلق له بالباقي من الافراد ولا خفاء في اختلافهما واعتبارهما افترا ذلك نقص في التعقل وقوله لا معنى لهذا أيضا لان اعتبار الاجماع الحجب عنه بانه انما يلزم القسمة فيه لان ما اشترى أحدهما بنصيبه وقع على الشركة ولهذا كان لا خلاف بان نصيب الشركة لا يشترط بان يبيع كل واحد منهما ماله نفسه ثم ضمن أحدهما الآخر بنصيبه فان الضمان صحيح لامتياز نصيب كل منهما عن نصيب الآخر لانه لا شركة ثمة لانها تكون باتحاد الصفقة والقرض خلافه واستوضح بقوله ألا ترى ان للمشتري ان يقبل نصيب أحدهما ويرد الآخر وله أن يقبض نصيب أحدهما اذا تقدم حصته وان كان قبل السكك ولو اتحد الصفقة لم يكن له (٣٣١) ذلك قال (ومن ضمن عن آخر خواجه

وفوائده وقسمته فهو جائز الخ)

الضمان عن الخراج

والنوايب والقسمه جائزا

الخارج فقد تقدم في قوله

من قبل والرهن والكفالة

جائزان في الخارج قبل والمراد

به الموظف وهو الواجب في

الذمة بان يوظف الامام في

كل سنة على مال على ما يراه

دون المقاسمة وهي التي تقسم

الامام ما يخرج من الارض

لانه ليس في معنى الدين لعدم

وجوبه في الذمة وقد تقدم

في هذا الشرح ما يفرقه به

بين الخراج والزكاة وذكر

المصنف رحمه الله فرقا آخر

بقوله وهو يخالف لزكاة

لانها مجرد فعل اذ الواجب

فيها تسليم مال من غير أن

يكون بدلا عن شيء والمال

آلته ولهذا لا تؤدي بعد

(قوله يحجب عنه بان نصيب

الشريك الخ) أقول فيه

تأمل (قوله لان ما اشترى

أحدهما بنصيبه الخ) أقول

قال بعض الفضلاء هذا غير

مطابق للواقع فان ما اشترى

بخلاف ما اذا باع صفقةتين لانه لا شركة ألا ترى أن للمشتري ان يقبل نصيب أحدهما ويقبض اذا تقدم حصته وان قبل السكك قال (ومن ضمن عن آخر خواجه وفوائده وقسمته فهو جائز) أما الخارج فقد ذكرناه

يكون نصيب شريكه المضمون له قال في الفوائد الظهيرية بعد ان أورد هذا ولكن التعويل على ما ذكرنا من يد ما قررناه من بطلان الضمان حيث صح لسكن بعدما صار الوجه مرددا بين كون الضمان بنصف شائع أو بنصف شريكه وبطل الاول بما ذكرنا لئلا يطران يختار الثاني ويدفع لازمه الباطل بما ذكرنا الا أن يفرق بين شرائه بمحضه وبين ضمانه أو يخص البطلان بما اذا أريد ضمان النصف شائعا ويحكم بانه المراد وقوله (بخلاف ما اذا باع صفقةتين) يعني بخلاف ما لو باع الشريكان العبد صفقةتين بان باع هذا نصيبه على حدة وهذا كذلك من ذلك المشتري ثم ضمن أحدهما الآخر نصيبه أو باع معا وسما السكك نصيبا ثم ضمن أحدهما صاحبه الضمان (لانه لا شركة) بينهما بحكم الشرع بذلك ولو قبل المشتري ان نصيب أحدهما فيما اذا باع معا دون الآخر صح ولو قبل السكك ثم تقدم حصته أحدهما ملك قبض نصيبه على الخصوص ولا يخفى ان هذا في الثاني محمول على ما اذا أعاد مع تفصيل الثمن لفظة البيع عند أبي حنيفة والافهه على قولهما في تعدد الصفقة على ما سلف في البيع قال الامام فاضحنا ولو تبرع بعني الشريك بالاداء في هذه الفصول من غير ضمان جاز تبرعه لان التبرع لا يتم الا بالاداء وعند الاداء يصير مسقطا حقة في المشاركة فيصح وجواز التبرع لا يدل على جواز الكفالة لان التبرع أسرع جواز من الكفالة ألا ترى انه يجوز التبرع ببسمل الكتابة ولا يجوز الكفالة به (قوله ومن ضمن عن آخر خواجه وفوائده وقسمته فهو جائز) أما الخارج فقد ذكرناه قبل

(قوله بخلاف ما اذا باع صفقةتين) بان باع كل واحد منهما نصفه بعقد على حدة ثم ضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن صح الضمان لان الصفقة اذا تعددت فواجب لسكك واحد منهما بعقد يكون له خاصة بلا شركة ألا ترى أن للمشتري ان يقبل نصيب أحدهما (قوله وان قبل السكك) أي للمشتري أن يقبض نصيب أحدهما اذا تقدم حصته من الثمن وان قبل السكك وذكر الامام المحمدي رحمه الله وان كان البيع صفقةتين بأن سمي السكك نصيبا لصاحبه ضمانه لانه لا شركة بينهما ألا ترى أن المشتري لو قبل نصيب أحدهما وردها بالآخر يصح ولو قبل السكك ثم تقدم حصته أحدهما ملك قبض نصيبه بخلاف الاول (قوله وأما الخراج فقد ذكرناه) وهو قوله والرهن والكفالة جائزان في الخراج لانه دين مطالب به يمكن الاستيفاء ثم قيل المراد من الخراج الذي تصح الكفالة عنه الخراج الموظف وهو الذي يجب في الذمة بان يوظف الامام كل سنة على مال على ما يراه الامام لا المقاسمة وهي التي تقسم الامام ما يخرج من الارض فانها غير واجبة في الذمة فلم يكن في معنى الدين وفي الفوائد الظهيرية اما الخراج فلانه دين كسائر الديون من حيث انه يطالب

أحدهما بنصيبه يقع الملك له خاصة وان كان لا خلاف خرق المشاركة ألا ترى ان له ان لا يشاركه ولو كان واقعا على الشركة كما كان له ذلك وبالجملة فوقع الملك له خاصة منصوص عليه وسجيى ان شاء الله تعالى فلا وجه لما ذكره والاولى أن يقال ان البيع أمر حكيم وبإضافة البيع الى نصيبه مشاعا لا يلزم محذور بخلاف اضافة الكفالة فان اعتبار الشيوع فيه يؤدي الى أن يصير ضمانا لنفسه من وجه وهو غير مشرع فوضع الفرق واندفع الاشكال ثم في صورة البيع اذا اعتبرنا اضافته الى نصيبه شائعا بقوله لما كان هو العاقد ووقع الملك له خاصة ولا ينافيه أن يكون فيه اعتبار اضافته الى حق صاحبه من وجه بناء على الشيوع فان الملك للعاقدين أو اضاف الى تعدد غيره على ما عرف وأما نيوتن حق المشاركة له فحجي انتهى ونحن نقول قوله وان كان لا خلاف خرق المشاركة غير صحيح أيضا بل ذلك فيما اذا صالحه عن نصيبه بشوب والتفصيل في الصلح في الدين المشتري ثم قوله وسجيى يعني في الصلح في الدين المشتري ثم قوله فوضع الفرق واندفع الاشكال كلام خال عن الغائنة اذ ليس في كلامه ما يدفع الاشكال

موته الابوصية وأما النوائب فتقدر اديها ما يكون بحق وقد رادهم ما ليس بحق والاول ككبرى الانهار المشتركة وأجر الحارس للمحلاة وما وظف الامام لتجهيز الجيش وقداء الاسارى بان احتاج الى تجهيز الجيش لقتال المشركين أو الى فداء اسرى المسلمين ولم يكن في بيت المال مال فوظف مالا على الناس لذلك والضمان فيه جائز بالاتفاق لوجوب أدائه على كل مسلم أو جبهه الامام عليه لوجوب طاعته فيما يجب النظر للمسلمين والثاني كالجبايات في زماننا وهي اتي ياخذها الفلملة في زماننا ظلما كالقبحر ففيه اختلاف المشايخ قال بعضهم لا يصح الضمان به لان الكفالة شرعت لا التزام المطالبة بما على الاصيل شرعا ولا شيء عليه ههنا شرعا وقال بعضهم يصح وعمن يميل اليه الامام البردوى يريد نفي الاسلام وجهه الله لان صدور الاسلام ممن مال الى عدم صحته قال لخر الاسلام وأما النوائب فهي ما يلحقه من جهة السلطان من حق أو باطل أو غير ذلك مما ينوب به صحت الكفالة به الامان الذين في حكم توجه المطالبة بهما والعبرة في الكفالة للمطالبة لانهما شرعتا لالتزامها ولهذا قلنا ان من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط (٣٣٢) والعدالة كان مأجورا وان كان من جهة الذي ياخذ باطلا ولهذا قلنا ان من قضى

وهو يخالف الزكاة لانها مجرد فعل ولهذا لا تؤدي بعدموته من تركته الابوصية وأما النوائب فان أديها ما يكون بحق ككبرى الانهار المشتركة وأجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش وقداء الاسارى وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق وان أديها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف المشايخ رحمهم الله وعمن يميل الى الصحة الامام على البردوى وأما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها أو حصص منها والرواية باو

هذا الفصل بقوله والرهى والكفالة جائز ان في الخراج (وهو يخالف الزكاة لانها مجرد فعل) هو وتلك طائفة من ماله مقدرة لادين ثابت في الذمة لان الدين اسم لمال واجب في الذمة يكون بدلا عن مال ألتفاه أو فرض اقترضه أو مبيع عقديعه أو منفعة عقد عليها من بضع امرأه وهو المهر أو استجار عين والزكاة ليست كذلك بل يجب اخراج مال ابتداء بدلا عن مال نفسه فليس بدين حقيقي ولو وجبت في نصاب مسنك وانما لها شبه الدين في بعض الاحكام على ما قدمناه بخلاف الخراج لانه مال يجب في مقابلة الذب عن حوزة الدين وحفظه فكان كالاجرة وقد قبلت الكفالة بما اذا كان خراجا وموظفا لخراج مقاسمة وهو ما يجب فيما يخرج فاه غير واجب في الذمة (وأما النوائب فان أديها ما يكون بحق ككبرى الانهار المشتركة) للعامة (وأجرة الحارس) للمحلاة الذي يسمى في ديار مصر الخفير (والموظف لتجهيز الجيش) في حق (وقداء الاسارى) اذا لم يكن في بيت المال شيء (وغيرها) مما هو بحق (فالكفالة به جائزة بالاتفاق) لانها واجبة على كل مسلم موسرا بما يجب طاعة ولي الامر فيما فيه مصلحة المسلمين ولم يلزم بيت المال أولزمه ولا شيء فيه وان أديها ما ليس بحق كالجبايات الموظفة على الناس (في زماننا) ببلاذ فارس على الخياط والصباغ وغيرهم للسلطان في كل يوم أو شهر أو ثلاثة أشهر فانهم ظلموا فاختلف المشايخ في صحة الكفالة به اذ قيل تصح اذا العبرة في صحة الكفالة وجود المطالبة اما بحق أو باطل ولهذا قلنا ان من تولى قسمتها بين المسلمين فعدل فهو مأجور وينبغي ان كل من قال ان الكفالة ضمن في الدين يمنع صحتها ههنا ومن قال في المطالبة يمكن أن يقول بصحتها يمكن أن يمنعها بناء على أنها في المطالبة بالدين أو معناه أو طلقا (وعمن يميل الى الصحة الامام البردوى) يريد نفي الاسلام أما أخوه صدور الاسلام هابي صحة الكفالة بهما (وأما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها أو حصص منها) اذا قسمها الامام ولا اجتهاد الى كون به من عليه ويحبس فيه ثم قال كأنه أراد به الخراج الموظف (قوله وهو يخالف الزكاة) أي الخراج بخلاف

نائبه غيره باذنه يرجع به عليه من غير شرط الرجوع استحسانا بمنزلة ثمن المبيع قال شمس الأنة اذا أمره به لادن اكراه اما اذا كان مكرها في الامر فلا يعتبر أمره في الرجوع وأما قوله وقسمته فقد ذكر عن أبي بكر ابن سعيد أنه قال وقع هذا الحسرف غلط الان القسمة مصدر والمصدر فعل وهذا الفعل غير مضمون وأجيب بان القسمة قد تنجى بمعنى النصيب قال الله تعالى ونبتهم أن الماء قسمته بينهم والمراد النصيب وكان الفقيه أبو جعفر الهندواني يقول معناه ان أحد الشرى يكن اذا طلب القسمة من صاحبه وامتنع الآخر عن ذلك فضمن انسان ليقوم مقامه في القسمة جاز ذلك لان القسمة

واجبة عليه وقال بعضهم معناه اذا اقتسمت ثم منع أحد الشرى يكن قسم صاحبه فتكون الرواية على هذا قسمه بالضمير لا بالناء وقد علمت ان القسمة بالتام تنجى بمعنى القسم بلاتاء وقال بعضهم هي النوائب بعينها وقد ذكر تفسير النوائب بحق وبغيره على هذا فذكره بالاولا لبيان من باب العطف للتكسير أو حصص منها أي من النوائب بعينها اذا قسم الامام ما ينوب العامة نحو مونة كبرى النهر المشترك فاصاب واحد اثنى من ذلك فيجب أدائه فكفل به رجل صحت الكفالة بالايجاع قبل ولكن كان ينبغي أن يذكر الرواية على هذا التقدير وقسمته بالواو وليكون عطف الخاص على العام كقوله تعالى من كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال فاشار المصنف وجهه الله الى أن الرواية باو على تقدير أن تكون القسمة حصصا من النوائب لان القسمة اذا كانت حصصا منها فهو محل أو وأما اذا كانت هي النوائب بعينها فهو محل الواو واسم وقيل هي النائبة الموظفة لراتبة والمراد من النوائب ما ينوبه غير راتب قيل وعمن قال به هذا القول الامام نفي الاسلام والحكم ما بيناه يعني جواز الكفالة فيما كان بحق بالاتفاق واختلاف المشايخ فيما كان بغير حق

وقيل هي النائية الموطقة الراتبة والمراد بالنائب ما ينوبه غير راتب والحكم ما بيناه (ومن قال لا تحرك على مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول المدي ومن قال ضمنك لك عن فلان مائة الى شهر وقال

الرواية قسم بلاهاء لان قسمه في القرآن بمعنى قسم قال تعالى ونبتهم ان الماء قسمه بينهم اذ لمعنى لضمان حقيقة القسمه بالمعنى المصدري لكن لو كان كذلك لكان يذبح كون الرواية بالواو ليكون من عطف الخاص على العام لكن الرواية بأو (وقيل النائية الموطقة الراتبة والمراد بالنائب) ماهو (منها غير راتب) فتغارا (والحكم) يعني في القسمين (ما بيناه) من الصفة في أحدهما والخلاف في الاخرى ثم من أصحابنا من قال الافضل للانسان ان يساوى أهل محله في اعطاء النائية قال شمس الأئمة هذا كان في ذلك الزمان لانه اعانة على الجاهلية والجهاد أما في زماننا فكثر النوائب وتخذ ظلما ومن تمكن من دفع الظلم عن نفسه فهو خير له وان أراد اعطاء فليعط من هو عاجز عن دفع الظلم عن نفسه لعله يستعين به الفقير من الظلم وينال المعطى الثواب وقوله والحكم ما بيناه يعني ما ذكر من ان الكفالة فيما كان بحق جائز وبغير حق فيها خلاف (قوله ومن قال لا تحرك) المراد الفرق بين مسئلتين احدهما من أقر بدين مؤجل لرجل فاعترف بالدين المقر له وأنكر الاجل القول للمقر له ولو أقر بكفالة لرجل بدين مؤجل فاعترف المقر له وأنكر الاجل القول للكفيل في ظاهر الرواية خلافا للشافعي حيث ألحق الاول بالثاني فجعل

الزكاة لانها مجرد فعل ولهذا لا تؤدي بعدموته من تركته الا بوصية وهذا لان واجب الزكاة فعل هو عبادة والمال محل لا فامة ذلك لو اوجب ثم المال غير مضمون عليه حتى لو هلك لا يضمن شيئا والكفالة لا تصح بالعبادة ولا باعادي غير مضمونة بخلاف الخسار لانه يجب حقا للمقاتلة بدلا عن الذان عن حريم الدين والمأمة عن بيضة الاسلام فكان بمنزلة الاجرة والكفالة بالاجرة صحيحة فكذلك بالخراج وأما النوائب فان أقر بدينها ما يكون بحق ككسرى النهر المشترك نحو أن يقضي القاضي بكسرى نهر مشترك بينه وبين غيره شركة خاصة فأبى واحد منهم من الكسرى وأنفق شريكه بأمر القاضي يصير حصته الا ترى ديناني ذمته فتصح الكفالة بها لانه كفيل بما هو مضمون على الاصيل وكذا أجرة الحارس بين قوم مضمونة يصح الضمان بها وكذا ما وطف الامام على الناس عند الحاجة الى تجهيز الجيش لقتال المشركين وقد خلا بيت المال عن المال أو يحتاج الى فداء أسارى المسلمين فوظف على الناس مالا لاجل ذلك فهي واجب مضمون تصح الكفالة وان أقر بدينها ما ليس بحق كالجلبات في زماننا اختلف المشايخ قال بعضهم لا تصح الكفالة بها لان الكفالة لا التزام المطالبة بما على الاصيل شرعا ولا نبي هذا على الاصيل شرعا فلا تصح الكفالة وقال بعضهم منهم نفي الاسلام على البردوي رحمه الله تصح الكفالة بها لانها في حق توجه المطالبة فوق سائر الديون والعبرة في باب الكفالة للمطالبة بها لانهم اشرفت لالتزامها ولهذا قلنا ان من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط أو جردان كان الاخذ في الاخذ ظالما ولهذا قلنا ان من قضى نائبة غيره بامر رجوع عليه وان لم يشترط الرجوع كولو قضى دين غيره بامر (قوله وأما القسمه فقد قيل هي النوائب بعينها حينئذ تكون الرواية بالواو وأوصية منها فيكون حينئذ بين القسمه والنوائب مغايرة والرواية بأو وقيل هي النائية الموطقة الراتبة وهي المقاطعات الدوائية في كل شهر أو ثلاثة أشهر والمراد بالنائب ما ينوبه غير راتب بل لمعه احيانا ويحتمل أن يقع ويحتمل أن لا يقع وقد ذكر عن أبي بكر بن سعيد البردعي رحمه الله انه قال وقع هذا الحرف غاطلان القسمه مصدر والمصدر فعل وهذا الفعل غير مضمون وكان الفقيه أبو جعفر رحمه الله يقول معناها اذا طلب أحد الشريكين القسمه من صاحبه وامتنع الآخر عن ذلك وضمن أنسان به لان القسمه تواجبة عليه وقال بعضهم معناها اذا اقتسم ما من منع أحد الشريكين قسمه صاحبه فتكون الرواية على هذا قسمه بسكون السين وحذف التاء كذا في القوائد الظهيرية وقيل أراد بالقسمه أجرة الكيال الذي يقسم الغلة اذا كان الخراج مقاسمة (قوله والحكم ما بيناه) وهو جواز الكفالة فيما اذا كانت بحق بالاتفاق ولو كانت بغير حق ففي صحة الكفالة

قال (ومن قال لا تحرك على مائة الى شهر الخ) ومن قال لا تحرك على مائة الى شهر فقال المقر له هي حالة فالقول قول المدي لكونها حالة وان قال ضمنك لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن وروى عن أبي يوسف ابراهيم بن يوسف أن القول فيهما للمقر له وقال الشافعي القول فيهما للمقر له ان الدين فوعان حال ومؤجل فاذا أقر بالمؤجل فقد أقر بأحد النوعين فالقول قوله اعتبارا بالكفالة

وأجيب بفساد الاعتبار لان الاجل في الدين عارض كما سبأني ولا يوجب اليوسف انهما تصادقا على وجوب المال ثم ادعى أحدهما الاجل على صاحبه فلا يصدق فيه الابحجة باعتبار اقرار بالدين وأجيب بما أجيب به الشافعي ووجه الفرق بينهما ان المقر أقر بالدين مدعي احق بالنفس وهو تأخير المطالبة الى أجل فكان ثمة اقرار على نفسه ودعوى على غيره والاول مقبول والثاني يحتاج الى برهان فاذا عجز عنه كان القول للمنكر وفي الكفالة ما أقر بالدين لانه ليس عليه دين في الصحيح كما تقدم وانما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر فوضع الفرق بينهما او ليقابل أن يقول لهب انه لادين عليه فيقر به أليس انه قد أقر بالمطالبة فله خصم أن يقول أقر بالمطالبة مدعي احق بالنفس وهو تأخيرها الى أجل فكان ثمة اقرار على نفسه الى آخر ما ذكرتم فلا يتم (٣٣٤) الفرق وعلى تقدير عناه فهو معارض بان يقال الكفالة لما كانت التزام المطالبة في

المقر له هي حالة فالقول قول الضامن (ووجه الفرق أن المقر أقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تأخير المطالبة الى أجل وفي الكفالة ما أقر بالدين لانه لادين عليه في الصحيح وانما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل في الدين عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول قول من أنكر الشرط كما في الخيار أما الاجل في الكفالة فنوع منها حتى يثبت من غير شرط بأن كان مؤجلا على الاصيل

القول في المسئلتين للمقر ولا يوجب يوسف على رواية ابراهيم بن رستم حيث ألحق الثاني بالاول فجعل القول فيهما للمقر له وما وقع في أكثر نسخ الهداية من عكس ذلك وهو ان الشافعي ألحق الثاني بالاول وأبو يوسف قلبه سهو ومن الكتاب وجه قول الشافعي رحمه الله ان الدين نوعان حال ومؤجل فاعتراه بالمؤجل أعترا في بنوع كالا عتراه بخطة مودعة أو واجدة فلا يلزم النوع الآخر فالقول للمقر كالكفيل وجه قول أبي يوسف انهما تصادقا على وجوب المال ثم ادعى أحدهما الاجل على صاحبه وهو ينكر فلا يصدق الا ببحجة كما في الاول وصار الاجل كالخيار فيم لو أقر بالكفالة على أنه بالخيار وأنكر الطالب القول للطالب في انكاره الخيار وجه المذهب أن المقر بالدين أقر بما هو سبب المطالبة في الحال اذ الظاهر أن الدين كذلك لانه انما يثبت بدلا عن قرض أو اتلاف أو بيع ونحوه والظاهر أن العاقل لا يرضى بخروج مستحقه في الحال الا يبدل في الحال فكان الحلول الاصل والاجل عارض فكان الدين المؤجل معروضا لعارض لا نوعا (ثم ادعى لنفسه حقا رهوتأخيرها) والاخر ينكره (وفي الكفالة ما أقر بالدين) على ما هو الاصح بل بحق المطالبة بعد شهر والمكفول له يدعيه في الحال والكفيل ينكر ذلك فالقول له وهذا لان

بها اختلاف المشايخ (قوله لانه لادين عليه في الصحيح) احتراز عن القول الآخر بانه يجب للطالب على الكفيل دين أيضا (قوله فكان القول قول من أنكر الشرط) أي مع اليمين (قوله أما الاجل في الكفالة نوع) يعني لما كان نوعا وجب ان يقبل قوله في بيانه لانه لا يدعي العارض بخلاف الاجل في الدين لانه عارض ولهذا لا يثبت من غير شرط فالقول لمنكر الشرط والشافعي رحمه الله ألحق الثاني بالاول وأبو يوسف رحمه الله فيما روى عنه ألحق الاول بالثاني هكذا وقع في عامة النسخ وهذا ليس بصحيح بل الصحيح عكسه وهو ان يقال والشافعي ألحق الاول بالثاني وأبو يوسف فيما روى عنه ألحق الثاني بالاول وذلك لان عند الشافعي رحمه الله القول قول المقر في الفصيلين جيتا فكان الاقرار بالدين وهو المذكور أولا في الرواية ملحقا بالثاني وهو الاقرار بالكفالة وذلك انما يستفاد فيما قلنا ومذهب أبي يوسف فيما روى عنه على عكسه وبجدة الشافعي رحمه الله ان الدين نوعان حال ومؤجل فاذا أقر بالمؤجل فقد أقر باحد نوعي الدين فالقول قوله وجه أبي يوسف رحمه الله انهما تصادقا على وجوب المال ثم ادعى أحدهما الاجل على صاحبه فلا يصدق فيه الابحجة الا ترى انه لو أقر بالكفالة على أنه بالخيار جاز اقراره بالكفالة ودعواه الخيار لما قلنا

الحال وجب ان لا يثبت الاجل عند دعواه الكفيل لانه اذا ثبتت بطلت الكفالة وفيه من التناقض ما لا يخفى والجواب ان المصنف ذكر الفرق الاول اقتناعا بما جرد لما لدفع الخصم في المجلس وذكر الثاني لمن له زيادة استبصار في الاستقصاء على ما يذكر وان الكفالة التزام المطالبة أعم من كونها في الحال أو في المستقبل والثاني موجود فيما نحن فيه فلا مناقضة (قوله ولان الاجل في الدين عارض) هو الفرق الثاني ومعناه على أن ما لا يثبت بشئ الا بشرط كان من عوارضه وما يثبت له بدونه كان ذاتيا له وهو حسن لانا لو قطعنا النظر عن وجود الشرط لم يثبت له ذلك فكان عارضا والاجل في الدين بهذه المثابة لان ثمن الشباعت والمهور وفيه المتلفات حال لا يثبت الاجل فيها الا بالشرط وفي الكفالة ليس كذلك فانه يثبت مؤجلا من غير شرط اذا كان

مؤجلا على الاصيل فكان الاجل ذاتيا لبعض الكفالة منوعا له كالناطق المنوع لبعض الحيوان وهذا أقوى ما يتصور في الفقه من الدقة في اظهار المأخذ واذا كان الاجل في الدين عارضا لا يثبت الا بشرط كان القول قول من أنكره مع اليمين كما في شرط الخيار واذا كان في الكفالة ذاتيا كان اقراره بنوع منها فلا يحكم بغيره فكان القول قوله ووقع في المتن

(قوله وأجيب بما أجيب به الشافعي) أقول يعني بفساد الاعتبار وفيه شئ (قوله والجواب ان المصنف ذكر الفرق الاول الخ) أقول وعندى ان الفرق الاول أيضا صحيح لا يرد عليه ما أوردته فان المقر بالدين أقر بوجوب نفس الدين في ذمته في الحال وادعى تأخر وجوب أدائه والمقر له ينكر ذلك والمقر بالكفالة لم يقر بشئ في الحال بل يدعي ذلك المكفول له والكفيل ينكره فتأمل وهذا كلام اجالي كتبه تذكرة

والشافعي ألحق الثاني بالاول وأبو يوسف فجار وي عني عنه ألحق الاول بالثاني والعكس هو المشهور ومن مذهبه ما في الشارحين من حمله على
الروايتين عن كل واحد منهما ومنهم من حمله على الغلط من الناسخ ولعله أظهر (قوله) (٣٣٥) ومن اشترى جارية فكفل له رجل

بالدرك (الخ) ومن اشترى

جارية فكفل له رجل بالدرك

وقد تقدم معنا فاستحققت

الجارية لم يأخذ المشتري

الكفيل بالثمن حتى يقضى

له على البائع برد الثمن لان

احتمال الاجازة من المستحق

نايب وثبوته يمنع أن يأخذ

الكفيل بالثمن لان بمجرد

قضاء القاضى بشبوت

الاستحقاق للمستحق

لا ينتقض البيع في ظاهر

الرواية مالم يقض له برد

الثمن عليه ولو كان الثمن

عبدًا فاعتقه بائع الجارية

بعد حكم القاضى للمستحق

نقد اعتاقه وأذا لم ينتقض

لم يجب الثمن على الاصيل

وأذا لم يجب على الاصيل لم

يجب على الكفيل وانما قال

على ظاهر ال رواية احترازًا

عما قال أبو يوسف في الامالى

له ان يأخذ الكفيل قبل أن

يقضى له على البائع لان

الضمان قد تفرغ عنه على البائع

ووجب للمشتري مطالبته

فكذلك يجب على الكفيل

فان قيل فإذا قضى الحاكم

بالحرية فبمجرد القضاء

بها يثبت للمشتري حق

الرجوع فما الفرق بينهما

وبين الاستحقاق وأجاب

المصنف بقوله بخلاف القضاء

بالحرية لان البيع يبطل

بها لعدم المحلية فبرجع

المشتري على البائع وكفيله

والشافعي رجسه الله ألحق الثاني بالاول وأبو يوسف رجسه الله فيما روى عنه ألحق الاول بالثاني والفرق قد
أوضحناه قال (ومن اشترى جارية فكفل له رجل بالدرك فاستحققت لم يأخذ الكفيل حتى يقضى له بالثمن
على البائع) لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية مالم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب له
على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فبرجع
على البائع والكفيل وعن أبي يوسف أنه يبطل البيع بالاستحقاق فعلى قياس قوله يرجع بمجرد الاستحقاق

التزام المطالبة بتنوع الى التزامها في الحال أو في المستقبل كاستقالة بمآذاب والدرك فأنما أقرب نوع منها
فلا يلزم بالنوع الآخر بخلاف الكفالة على أنه بالخيار فأنما ضيقة لقله وجودها فنزلت منزلة العدم وهذا
مخلص من ادعى مالاد هو مؤجل في الواقع فان اغترف به مؤجلًا لا يصدق وان أنكر يكون كاذبًا وخاف ان
اغترف به كذلك لا يصدق في الاجل فالحيلة أن يقول للمدعى هذا المال الذي تدعيه مؤجل أم معجل فان قال
مؤجل حصل المقصود وان قال معجل فبطلت دعواه في العيون من عليه دين مؤجل اذا حلف ماله
اليوم قبله شيء (أرجو أن لا يكون به باس ان كان لا يقصده انواء حقه (قوله) ومن اشترى جارية فكفل له رجل
بالدرك فاستحققت لم يأخذ الكفيل) وفاعل يأخذ ضمير من والكفيل مفعول بمعنى لم يطالبه (حتى يقضى له
بالثمن على البائع لان بمجرد الاستحقاق) أو القضاء به وبالمبيع (لا ينتقض البيع) أي لا يفسخ (على ظاهر
الرواية) واحتراز بظاهر الرواية عن رواية الامالى عن أبي يوسف أنه يأخذ الكفيل قبل أن يقضى على
البائع بالثمن لان الضمان توجه على البائع ووجب للمشتري مطالبته فكذلك على الكفيل وجه
الظاهر ما ذكر من أن بمجرد الاستحقاق لا يفسخ البيع فبالضرورة لا يجب الثمن على البائع وهو على
ماله ولا يعود الى ملك المشتري حتى لو كان الثمن عبدًا فاعتقه البائع بعد القضاء بالاستحقاق نقد غنة وكذا
لو كان المشتري باعها من غيره فاستحققت من يد الثاني ليس للمشتري الاول أن يرجع على بائعه مالم يرجع
عليه المشتري الثاني كي لا يجتمع البدلان في ملك واحد واذا لم يجب الثمن على الاصيل لا يجب على الكفيل
بخلاف مالوقضى بحرية العبد ويحويه لان البيع يبطل به لعدم المحلية للبيع فيكون استحقاقه مطالبته لملك
رأسا وما نحن فيسنة استحقاقنا فاقبل للمالك فمحلته للمالك باقية واحتمال اجازة المستحق للبيع القائم ثابت فما
بقي هذا الاحتمال يبقى الملك بخلاف ما اذا قضى على البائع برد الثمن لا ارتفاعه حينئذ وصح في فصول
الاستر وشئ أن للمستحق أن يجيز بعد قضاء القاضى و بعد قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه بالثمن
والرجوع بالقضاء يكون فسخًا من الاستحقاق المبطل دعوى النسب ودعوى المرأة الحرمة الغلظة ودعوى
الوقف في الأرض المشتراة وانما كانت مسجدة وشاركت الاستحقاق الناقل في أن كلامهما يجعل المستحق
عليه ومن ثلث ذلك الشيء من جهته مستحقا عليهم حتى انه لو أقام واحد منهم البيعة على المستحق بالملك
المطلق لا تقبل بينته ويختلغان في أن كل واحد من الباعة في الناقل لا يرجع على بائعه مالم يرجع عليه ولا
يرجع على كفيل الدرك مالم يقض على المكفول عنه وأسئلة فنان مسائل الاستحقاق جملته وقوله

فكذلك ادعى الاجل (قوله) والفرق قد أوضحناه) اشارة الى قوله وجه الفرق ان المقر أقر بالدين الى آخره
(قوله) لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع) ولهذا الواجب الاستحقاق البيع بعد قضاء القاضى له مع البيع ولو
كان الثمن عبدًا فاعتقه بائع الجارية نفذ حكم القاضى للمستحق بعد اعتاقه وانما يصير ككفيل اذا قضى بالثمن
على البائع فقبل ذلك كفاؤه فلا يكون للمشتري ان يأخذ الثمن من الكفيل وهذا جواب ظاهر الرواية وهو
الصحيح لان الاستحقاق لا ينفى ابتداء البيع فالولى أن لا ينفى البقاء بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل
بها لعدم المحلية وجه الورود ان بمجرد القضاء يثبت للمشتري حق الرجوع ولم يثبت في فصل الاستحقاق

ان شاء وموضعه أوائل الزادات في ترتيب الاصل أو اذ ترتيب الاصل ترتيب مجده فانه افتتح كتاب الزادات بباب الماذون مخالفا لترتيب سائر

(قوله) ووجب للمشتري (الخ) أنول فيه شيء الآن يكون وجب بمعنى ثبت

الكتب ثمر كما بما أملى به أبو يوسف فان محمدا أخذ ما أملى وبين أبو يوسف بابا بابا وجله أصلا وزاد عليه من غنذه ما يتم به تلك الأبواب فكان أصل الكتاب من تصنيف أبي يوسف وزاد انه من تصنيف محمد ولذلك سماه كتاب الزادات وكان ابتداء املاء أبي يوسف في هذا الكتاب من باب الماذون ولم يغيره محمد ثمر كايه ثم رتب الزعفراني على هذا الترتيب الذي هي عليه اليوم (ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهد فالضمان باطل) ذكر ههنا ثلاث مسائل الاولى ضمان العهد وقال انه باطل ولم يحكم خلافا والثانية ضمان الدرك وهو صحيح بالاتفاق والثالثة ضمان الخلاص وقد اختلفوا فيه فاما بطس لان الاولى فلان هذه اللفظة مشبهة لاشترى الدرك في استعمالها فانها تقع على الصك القديم الذي عند البائع وهو ملك البائع غير مضمون عليه وما ليس (٣٣٦) بمضمون على الاصل لا تصح الكفالة به وقد تقع على العقد لانها مأخوذة من العهد والعهد والعقد واحد وقد تقع على حقوق العقد لانها مأخوذة من غرات العقد وقد تقع على الدرك وهو الرجوع بالثمن على البائع عند الاستحقاق وعلى خيار الشرط كما جاء في الحديث عهد الرقيق ثلاثة أيام أي خيار الشرط فيه ولكل ذلك وجه يجوز الاجل به عليه فصار مباحا تعذر العمل به وأما جواز الثاني أي ضمان الدرك فان العرف فيه استعماله في ضمان الاستحقاق فصار مبيها فوجب العمل به وأما الثالث فابو حنيفة رحمه الله قال هر عبارة عن تخلص المبيع وتسليمه لالمحالة أي على كل حال وتقدير وهو التزام ما لا يقدر على الوفاء به لانه ان ظهر مستحقا فربما لا يساعده المستحق أو حرا فلا يقدر مطلقا والزام ما لا يقدر على الوفاء به باطل وهما معاهلة بمنزلة الدرك تعميلا للضمان وهو تسليم

وموضعه أوائل الزادات في ترتيب الاصل (ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهد فالضمان باطل) لان هذه اللفظة مشبهة قد تقع على الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها بخلاف الدرك لانه استعماله في ضمان الاستحقاق عرفا

(وموضعه) أي الاستحقاق (أوائل الزادات في ترتيب الاصل) يريد ترتيب محمد فانه بدأ باباب الماذون واحترز بالاصل عن ترتيبها الكائن الآن فانه ترتيب أبي عبد الله الزعفراني تليد محمد بن الحسن فانه غير ترتيب محمد الى ما هي عليه الآن وانما سماه محمد بالزادات لان أصول أبو يه من أمالي أبي يوسف فكان محمد يجعل ذلك الباب من كلام أبي يوسف أصلا ثم زيد عليه تغريعاته مما له (قوله) ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهد فالضمان باطل لان هذه اللفظة مشبهة المراد فانها (تقال للصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه) وقال الشيخ أبو بكر الرازي هو كتاب الشراء وهو ملك المشتري فهو بمنزلة من ضمن له رجل ملكه وفي بلادنا يقال لخاص منه وهو مكتوب شراء الجوارى وتقال لنفس العقد لان العهد من العهد كالعقد من العقد والعهد والعقد واحد وتقال على حقوق العقد لانها ثمراته وعلى خيار الشرط وهي في الحديث عهد الرقيق ثلاثة أيام أي خيار الشرط فيه ولكل ذلك وجه قدينا. واذا تعددت المفاهيم تعذر العمل بها قبل البيان (بخلاف) ضمان (الدرك) فانه استعمال في ضمان الاستحقاق عرفا) فلا تعذر ذكر بعض المشايخ ان عند أبي حنيفة ضمان العهد هو ضمان

(قوله) وموضعه أوائل الزادات في ترتيب الاصل) وهو ترتيب محمد رحمه الله حيث ابتدأ كتاب الزادات بكتاب الماذون ثم رتبها الزعفراني على الترتيب الذي هو الآن عليه وعن أبي حنيفة رحمه الله ان الخصومة من المستحق وطلب الحكم عن القاضي دليل النقص فينتقض به البيع كما ينتقض بصريح النقص حتى لا يعمل اجازة المستحق بعد ذلك وعن أبي يوسف رحمه الله ان أخذ العين بحكم الحاكم دليل الغش فيفسخ به البيع وعنه ان العقد ينفسخ بالقضاء بالاستحقاق فعلى هذه الرواية للمشتري ان يأخذ الكفيل اذا قضى عليه بالاستحقاق (قوله) فضمن له رجل بالعهد) اعلم ان ههنا ثلاث مسائل ضمان العهد وضمن الدرك وضمن الخلاص فضمن العهد باطل بالاتفاق لما ذكر في الكتاب وضمن الدرك جائز بالاتفاق واختلفوا في ضمان الخلاص فتعدهما جائزا لان تفسيره ضمان تسليم المبيع ان قدر عليه وتسليم الثمن ان عجز عنه وهذا هو ضمان الدرك وابو حنيفة رحمه الله يقول تفسير ضمان الخلاص تخلص المبيع وتسليمه الى المشتري على كل حال وذلك باطل لانه التزم شيئا لا يقدر عليه (قوله) لان هذه اللفظة مشبهة أي لفظة العهد قد تقع على الصك

واحد وقد تقع على حقوق العقد لانها مأخوذة من غرات العقد وقد تقع على الدرك وهو الرجوع بالثمن على البائع عند الاستحقاق وعلى خيار الشرط كما جاء في الحديث عهد الرقيق ثلاثة أيام أي خيار الشرط فيه ولكل ذلك وجه يجوز الاجل به عليه فصار مباحا تعذر العمل به وأما جواز الثاني أي ضمان الدرك فان العرف فيه استعماله في ضمان الاستحقاق فصار مبيها فوجب العمل به وأما الثالث فابو حنيفة رحمه الله قال هر عبارة عن تخلص المبيع وتسليمه لالمحالة أي على كل حال وتقدير وهو التزام ما لا يقدر على الوفاء به لانه ان ظهر مستحقا فربما لا يساعده المستحق أو حرا فلا يقدر مطلقا والزام ما لا يقدر على الوفاء به باطل وهما معاهلة بمنزلة الدرك تعميلا للضمان وهو تسليم

المبيع ان قدر عليه وتسليم الثمن ان عجز عنه وضمن الدرك صحيح وأجيب بان فراغ الذمة أصل فلا تستغل بالشك والاحتمال ذكر أبو زيد في شروطه أن أباحني فغفوا يا يوسف وجهما الله كأننا بكتبان في الشر وطفاً أدرك فلان بن فلان فعلى فلان خلاصه أو رد الثمن فهذا اشترى الى أن بطلان الضمان انما كان بالخلاص منفردا اما اذا انضم اليه الرد الثمن فهو جائز قبل وعلى هذا ففي كلام المصنف نظران الواجب عند العجز عن تسليم المبيع انما هو الثمن لا القيمة وهو مدفوع بان المراد به الثمن مجازاً شهرة أمره معذرة ولا لغة التركيب باستعمال المجاز فيمالة لا يتيسر فضيلة هذا ما يدل عليه كلام المصنف وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي للخصاف أن تفسير الخلاص والدرك والعهد واحد عند أبي يوسف ومحمد وهو تفسير الدرك وهذا يدل على أن الخلاف في العهد أيضا ثابت وذكروا في الفوائد الظاهرة وما ضمن العهد فتد ذكر ههنا أي في الجامع الصغير انه باطل ولم يحكم خلافا وذكروا بعض مشايخنا أن عند أبي

ولو

حنيفة ضمنان العهدة ضمنان الدرك وهو خلاف ما ذكره المصنف فكانه اعتمد على ما في الجامع الصغير وذكره كرمه خلافه والله اعلم بالصواب * (باب كفالة الرجلين) * مسافر عن ذكر كفالة الواحد ذكر (٣٣٧) كفالة الاثنين لسان الاثنين بعد الواحد طبعها فآخر وضعها ليناسب

الوضع الطبع قال (واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه الخ) اذا اشترى الرجلان عبدا بالف فالثمن دين عليهما لا بحالة فان كفيل كل واحد منهما عن صاحبه فإدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد المؤدى على النصف فبرجع بالزيادة لان كل واحد من الشر يكفي في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل وكل من كان في النصف أصيلا وفي النصف الآخر كفيل فإدى إلى تمام النصف كان عماله بحق الاصلة صرفا لأقوى ماعليه كالأشترى نوبا وعشرة دراهم بعشرين درهما فنقد في المجلس عشرة جعل المنقود عن الصرف لان الواجب به أقوى لاحتجته الى القبض في المجلس وماعليه بحق الاصلة أقوى لانه دين وماعليه بحق الكفالة مطالبة لادين وهي تابعة للدين لا بتناهما على الدين فان المطالبة بالدين بدون الدين غير متصورة فلا يعارضه بل يترجم الدين عليها وينصرف المصروف اليه الى تمام النصف وفي الزيادة عليه لامعارضته

ولو ضمن الخلاص لا يصح عند أبي حنيفة رحمه الله لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا بحالة وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع أو قيمته فصح * (باب كفالة الرجلين) * (واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما اذا اشترى عبدا بالف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فإدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فبرجع بالزيادة) لان كل واحد منهما في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضته بين ما عليه بحق الاصلة وبحق الكفالة لان الاول دين والثاني مطالبة ثم هو تابع للاول فيقع عن الاول وفي الزيادة لامعارضته الدرك ولو ضمن الخلاص لا يصح عند أبي حنيفة لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع ان قدر عليه (أو) تسليم قيمته وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي للخصاف أن تغسيرا خلاص والدرك والعهدة واحد عند أبي يوسف ومحمد يعني فيكون صحيحا لانه ضمنان الدرك عندهما متعديا للكلام فتمت الاغلاط ثلاثة ضمنان الدرك جائز بالاتفاق وضمنان العهدة لا يجوز باتفاق ظاهر الرواية وضمنان الخلاص يختلف فيه في ظاهر الرواية وقد ذكر أبو زيد في شروعه أن أبا حنيفة وأبا يوسف كانا يكتسبان في الشر وطنا أدرك فلان بن فلان فعلى فلان خلاصة أو رد الثمن وان لم يذكر رد الثمن يغسل لانه يبقى ضمنان بتخليص المبيع وعلم من هذا أن الخلاف فيما اذا ذكر ضمنان الخلاص مطلقا ما اذا قال خلاص المبيع أو رد الثمن أو أراد ذلك واتفقا على إرادته فيجوز بالاجماع * (باب كفالة الرجلين) *

لمنازل هذا مما قبله منزلة المركب من المفرد ذكره عقبيه (قوله) واذا كان الدين على اثنين بان اشترى بامعابدا بالف) أو اقترضاهما (وكفل كل منهما عن صاحبه فإدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فبرجع بالزائد) وجهين أحدهما ان كلامهما في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصلة وما عليه بحق الكفالة (لأن الاول دين) عليه (والثاني مطالبة) بلادين (ثم هو تابع) فوجب صرف المؤدى عن الأقوى تقديمه على الاضعف على ما هو مقتضى العقل والعادة لا يقال ان هذا يقتضي أن على قول من يجعل الدين على الكفيل مع المطالبة يكون المؤدى بينهما كما هو قول طائفة من مشايخنا ونقله ابن قدامة عن الأئمة الثلاثة لهذا الا أن يصرفه بنيته أو باقظه الى أحدهما لانه قول الحكم عندنا ما ذكرنا من غير خلاف عندنا فان الدين الثابت عليه بطريق الكفالة ليس بقوة الكائن عليه بطريق الاصلة ألا ترى أن المريض اذا اشترى في مرض موته شيئا كان من جميع المال ولو كفل كان من الثالث وأيضا لو اشترى المريض وعليه دين جاز ولو كفل وعليه دين لا يجوز وأما كونه يصرف بنيته فلان التبعين في الجنس الواحد داخرا وهذا دين واحد حتى لو كان نصف الدين القديم لانه وثيقة منزلة كتاب العهدة وقد تقع على العقدان العهدة من العهد كالعقد من العقد والعقد والعهد واحد وعلى حقوقه لانهم ثمرات العقد وقد أطلق على خيار الشرط كجاء في الحديث عهدته الرفيق ثلاثة أيام أي خيار الشرط وعن أبي يوسف ومحمد رحمه الله ان ضمنان العهدة يصح ويكون عبارة عن ضمنان الدرك تصحيا للعقد وهو تسليم المبيع ان قدر عليه وتسليم الثمن ان عجز عنه وأبو حنيفة رحمه الله يقول فراغ الذمة أصل فلا يثبت الشغل بالشك والاحتمال (قوله) وهو تسليم المبيع أو قيمته (أراد به الثمن والله أعلم * (باب كفالة الرجلين) *

(قوله) ثم هو تابع للاول أي الثاني وهو المطالبة تابع للدين لان المطالبة بالدين مبنية على وجود الدين

(٤٣ - فتح القدر ولك واغايه - سادس) ان لم يكن عليه فبما بحق الاصلة شيء فانتفى المعارضة بانتفاء أحد المتعارضين وفي النصف كان انتفاؤها لكون أحدهما راجعا للانتفاءه (قوله) وفي النصف كان انتفاؤها لكون أحدهما راجعا للانتفاءه) أقول ضمنان انتفاءهما راجع الى * (باب كفالة الرجلين) *

(قوله ولانه) دليل آخر على ذلك أو رده بقياس الخلف فانه جعل نقيض المدعى وهو الرجوع على صاحبه مستلزما لمحال وهو رجوع صاحبه عليه المستلزم للدور فانه قال لو وقع في النصف عن صاحبه فبرجع عليه فلصاحبه أن يرجع عليه لكن ليس لصاحبه أن يرجع عليه لانه يؤدي الى الدور فلم يقع في النصف عن صاحبه ليرجع عليه وقوله (لان أداء نائبه كادائه) بيان للملازمة وتقريره أن صاحب المؤدى يقول له أنت أديته عنى بامرى فيكون ذلك كادائه ولو أديت بنفسى (٣٣٨) كان لى أن أجعل المؤدى عنك فان رجعت على وأنا كفيلا عنك فانا أجعله عنك فارجع عليك

لان ذلك أديته الذى عنى فهو أدائى فى التقدير فلو أديت حقيقة رجعت عليك فى تقدير أدائى كذلك والشريك الاستثنائى يقول مثل ما قال فادى الى الدور ولم يكن فى الرجوع فائدة فجعلنا المؤدى عن نصيبه خاصة الى تمام النصف لقطع الدور بخلاف الزيادة على النصف فانه لو رجع على شريكه بذلك لم يكن لشريكه أن يرجع عليه اذ ليس على الشريك بحكم الاصل الا النصف فيفيد الرجوع (واذا كفل رجلان عن

لأن ذلك أديته الذى عنى فهو أدائى فى التقدير فلو أديت حقيقة رجعت عليك فى تقدير أدائى كذلك والشريك الاستثنائى يقول مثل ما قال فادى الى الدور ولم يكن فى الرجوع فائدة فجعلنا المؤدى عن نصيبه خاصة الى تمام النصف لقطع الدور بخلاف الزيادة على النصف فانه لو رجع على شريكه بذلك لم يكن لشريكه أن يرجع عليه اذ ليس على الشريك بحكم الاصل الا النصف فيفيد الرجوع (واذا كفل رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه) بكل المال وعن الاصل كذلك فجميع على كل واحد من الكفيلين كفاتان كفاة عن الاصل وكفاة عن الكفيل وتعددت المطالبة لكل واحد منهما مطالبة على الاصل وأخرى على الكفيل فصنع الكفاة عن الكفيل لأن موجب الكفاة التزام المطالبة وعلى الكفيل مطالبته فتصح الكفاة عن الكفيل كما تصح عن الاصل وكما تصح حواله للمحال عليه بما التزم على آخر وهو معنى قوله ومعنى المسئلة

بقرض مثلا ونصفه يبيع وعين صح اذ فى الحسنين يعتبر تعيينه لانه حينئذ مفيد نائمه (انه لو وقع في النصف عن صاحبه) لكفاة كان له أن يرجع عليه به (فلا صاحبه أن يرجع) بعين ما رجع عليه به المؤدى (لان أداء نائبه) يعنى كفيلا بأسره (كادائه) بنفسه ولو أدى بنفسه رجوع فكذلك نائبه لكن اذا جعله كله عن صاحبه فنقول بذلك ليرجع بجميع ما رجعه صاحبه والالم يكن له أن يرجع الا بنصف ما رجعه به صاحبه بيانه أدى الاول ما تبين رجوع بنصفه لانه فى احدى المائتين أصيل فاذا رجعه على صاحبه لم يقدر صاحبه أن يرجع بكليتهما الا اذا اعتبر نفسه مؤديا كلها عن صاحبه المؤدى حقيقة والالم يرجع الا بنصفها لانه لو أداه حقيقة بنفسه انصرف منها خمسون الى ما عليه اصاله وخمسون الى ما عليه كفاة وانما يرجع بما عليه من الكفاة (فيؤدي الى الدور) وما يؤدي اليه تمتنع فتمتنع رجوعه فلم يقع عن صاحبه والا تغير حكم الشرع اذ الوقوع عن صاحبه حكمه جواز الرجوع وقد علمت انه امتنع للدور واعلم أن ليس المراد حقيقة الدور فانه توقف الشئ على ما يتوقف عليه وهو رجوع المؤدى ليس متوقفا على رجوع صاحبه بل اذا رجع لا آخر أن يرجع ولا يلزم كونه فى مال واحد بل ان شاء أعطاها ما أخذ منه فاذا رجع الا خراستاده أو أعطاها غيره وكذا الاول فاللزم فى الحقيقة التسلسل فى الرجوعات بينهما فتمتنع الرجوع المؤدى اليه والحق أن هذا الوجه باطل لان رجوع المؤدى عنه لا يمكن أن يسوغ شرعا اعتبار المؤدى عنه أنه أدى بنفسه واحتسبه عن المؤدى لانه اعتبار باطل يؤدي الى أن المؤدى عنه يرجع على المؤدى عنه بمثل ما أدى الى الطالب وهو نقيض ما يقطع به من الشرع ان المؤدى هو الذى يرجع على المؤدى عنه بمثل ما أدى وكيف يكون أداء الانسان عن غيره سبب لان يرجع عليه ذلك الغير بمثل آخر هذا مجازفة عظيمة (قوله) واذا كفل رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه فكل شئ أداه أحدهما رجوع على شريكه بنصفه قليلا أو كثيرا ومعنى المسئلة فى الصحيح أن تكون الكفاة بالكل عن الاصل وبالكل عن الشريك

لان المطالبة بالدين ولادى محال (قوله وفى الزيادة معارضة) أى من كل وجه وفى النصف أيضا لم تكن معارضة حقيقة ولكنها كانت معارضة صورة ولا دور أيضا لان المؤدى لما نوى عما كان عليه بطريق الاصله يرى صاحبه عن الكفاة فاذا جعل المؤدى الزيادة عن صاحبه لا يكون لصاحبه ان يجعل الزيادة عن المؤدى (قوله فيؤدي الى الدور) لانه لو جعل شئ من المؤدى من صاحبه فلصاحبه ان يقول ادائك كادائك فان جعلت شئ من المؤدى عنى ورجعت على بذلك فى أن أجعل المؤدى عنك كالأديت بنفسى فيفضى الى الدور (قوله ومعنى المسئلة فى الصحيح ان تكون الكفاة بالكل عن الاصل وبالكل عن الشريك) يريد به ان معنى ما قال فى الكتاب واذا كفل رجلان عن رجل بمال كفل كل واحد منهما عن الاصل بالكل وكفل كل واحد منهما عن صاحبه بالكل أيضا وانما قال فى الصحيح لانهم لو كفلا بالالف كان الالف منقسم على ما نصفتين

فى الصحيح (وكل شئ أداه أحدهما رجوع على شريكه بنصفه قليلا كان المؤدى أو كثيرا) لان ما أدى أحدهما وقع والمطالبة المعارضة وتضمن لا تنفائه راجع الى أحدهما (قوله مستلزما لمحال وهو رجوع صاحبه عليه) أقول قوله وهو راجع الى محال قال المصنف (لان أداء نائبه كادائه فيؤدي الى الدور) أقول فى الملازمة لا يخفى قوله لان أداء نائبه كادائه عن نفسه بحق الاصله أو ما يعمله نفسه ولا يفيد وان أريد كادائه بحق الكفاة فمنوع وكيف يكون أداء كفيلا عنه كادائه عن كفيلا فليتأمل قال المصنف (وبالكل عن الشريك) أقول فيه

ينفسمه ثم ذهب فاخذ منه كفيلا آخر فها كفيلا ن قال المصنف (واذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع) أقول ليس هذا موضع مال

والآخر كقيل عنه بكاه على ما بيناه) من قوله أن تكون الكفالة بالكل عن الأصيل ولهذا نأخذ به وهو ظاهر قال (واذا افرق المتفاوضان فلاصحاب الدين أن يأخذوا أيهما (٣١٠) شأوا بجميع الدين الخ) إذا افرق المتفاوضان وعليهما دين فلاصحابه ان يأخذوا أيهما

والآخر كقيل منه بكاه على ما بيناه ولهذا نأخذ به قال (واذا افرق المتفاوضان فلاصحاب الدين أن يأخذوا أيهما شأوا بجميع الدين) لأن كل واحد منهما كقيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة (ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف) لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين قال (واذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كقيل عن صاحبه فكل شيء أداء أحدهما يرجع على صاحبه بنصفه) ووجهان هذا العقد جائز استحسانا وطريقه أن يجعل كل واحد منهما أصيلا في حق وجوب الالف عليه فيكون عتقه ماعلقا بأدائه ويجعل كفيلا بالالف في حق صاحبه وسند كره في المكاتب أن شاء الله تعالى وإذا عرف ذلك فما أداء أحدهما يرجع بنصفه على صاحبه لاستوثقوا ولو رجع بالكل

والآخر كقيل عنه بكاه) (قوله وإذا افرق المتفاوضان فلاصحاب الدين أن يأخذوا أيهما شأوا بجميع الدين لأن كل واحد منهما كقيل عن صاحبه على ما عرف في) كتاب (الشركة) من أن شركة المغاوضة تنعقد على وكالة كل منهما عن الآخر وكفالة كل عن الآخر لا ما استثنى (ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين) المدونين بدين واحد والله الموفق (قوله وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة) بأن قال مثلا كاتب كمال على ألف في عام (وكل واحد منهما كقيل عن صاحبه فكل شيء أداء أحدهما يرجع بنصفه على صاحبه ووجهان هذا العقد) وهو عقد الكفالة (جائز استحسانا) خلافا لارثة الثلاثة تكلوا كانت الكفالة واحدة فقط ولأنه كفالة يبدل الكتابة وهو باطل وأيضا شرط فيه كفالة المكاتب وهو باطل والكتابة تبطل بالشروط الفاسدة وجه الاستحسان أنه يمكن أن يعتبر به وجه يصح به فيعمل عليه وهو أن يجعل المال على أحدهما وعتق الآخر معلقا بأدائه كفاي الولد المولود في الكتابة فيجعل كل منهما في حق المولى كأن المال كله عليه وعتق الآخر معلقا بأدائه فيطالب كل منهما بجميع المال بحكم الاصل لا الكفالة وفي الحقيقة المال مقابل بهما فيقسم عليهما بخلاف ما إذا اختلفت كتابتهما لان عتق كل منهما معلق بمال عليه على حدة فتعذر تعديلهما وفيما وراء ذلك الاعتبار المصحح الحقيقة تهى المنتهية حتى ان ما أداء أحدهما يرجع بنصفه على صاحبه لاستوثقوا

(قوله لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين) وهي مسألة أول الباب حيث قال ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصله وما عليه بحق الكفالة وما ذكره من لزوم الدور (قوله وإذا كوتب العبدان) كتابة واحدة بان قال كاتب كمال على ألف الى سنة في الفوائد الظهير يترجل كاتب عدين له كتابة واحدة ثم انما قيد في المسئلة بالكتابة الواحدة لان كل واحد منهما لو كان مكاتب على حدة فكيف كل واحد منهما عن صاحبه يبدل الكتابة للمولى لا يصح قياسا واستحسانا وهذا العقد صحيح استحسانا والقياس أن لا يصح لأنه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة يبدل الكتابة وكل ذلك باطل فيكون شرطها في الكتابة مفسدا إذا الكتابة تفسد بالشروط الفاسدة وجه الاستحسان أن هذا العقد يحتمل العبدان يجعل المال على أحدهما وعتق الآخر معلقا بأدائه كفاي الولد المولود في الكتابة ويجعل كل واحد في حق المولى كأن المال كله عليه وعتق الآخر معلق بأدائه فيطالب كل واحد منهما بجميع المال بحكم الاصل لا الكفالة وفي الحقيقة المال مقابل بهما حتى يكون موزعا منقسما عليهما أو استكتفا قدرنا المال على كل واحد منهما تعديلهما بالكتابة فيقيم بأوراء ذلك العبرة للحقيقة (قوله فما أداء أحدهما يرجع على صاحبه بنصفه) فان قيل كيف يرجع على صاحبه بنصف ما أدى والمال في الحقيقة مقابل بهما فيكون على كل واحد منهما نصفه فيجب أن لا يكون له حق الرجوع عالم بزاد المؤدى على ما يخصه كفاي مسألة الدور قلنا انما يرجع على صاحبه بنصف ما أدى تحرزا عن تغريق

شأوا بجميع ذلك فان أدى أحدهما شيئا لم يرجع على شريكه شيء حتى يزاد المؤدى على النصف فيرجع بالزيادة لانها تنعقد على الكفالة بما كان من ضمان التجارة وحينئذ كان للغرماء أن يطالبوا أيهما شأوا بجميع الدين لأن الكفالة تثبت بعقد المغاوضة قبل الافتراق فلا تبطل بالافتراق فإذا طلبوا أحدهما أو أخذوا الدين منه ليس له ان يرجع على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين قال (واذا كوتب العبدان كتابة واحدة الخ) وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة بان قال المولى كاتب كمال على الف الى كذا وكل واحد

منهما كقيل عن صاحبه صح ذلك استحسانا والقياس بخلافه لأنه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة يبدل الكتابة وكل واحد منهما على انفراد باطل فعند الاجتماع أولى أن يكون باطلا أما بطلان كفالة المكاتب فلان الكفالة تبرع والمكاتب لا عليه وأما بطلان الكفالة يبدل الكتابة فلما مر من أنها تقتضي ديننا صحها وبطل

الكتابة ليس كذلك وجه الاستحسان أن يجعل كل واحد منهما أصيلا في حق وجوب الالف عليه ويكون عتقه ماعلقا لا تحقق بأدائه أي بأداء كل واحد منهما كأنه قال لكل واحد منهما ان أدت الالف فانت حر وهذا وأن يجعل كل واحد منهما كفيلا بالف عن صاحبه (قوله أي بأداء كل واحد منهما) أقول الأولى أن يطرح كلمة كل فانهم ما يعتقان بأداء واحد منهما

كما سنده كره في المكاتب وهذا النما يستقيم اذا كانت الكتابة واحدة ولهذ قد يدعى او اما اذا اختلفت الكتابان فان عتق كل واحد منهما بعلق
بمال على حدة فتعذر تصحيح هذا الطريق واذا عرف ذلك عرف استوائه في الوجوب عليه ما لا استوائه في العلة اعني الكفالة فكان كل البذل
مضمونا على كل واحد منهما ولهذا لا يعتق واحد منهما ما لم يؤد جميع البذل فاستأدهما رجوع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجوع
بالسكلى أولم يرجع بشئ لانتفت المساواة ولولم يؤديا شيئا حتى أعتق المولى أحدهما صح العتق لمصادفة العتق ملكه وبرئ المعتق عن النصف
لانه مارضى بالمال الا ليكون وسيلة الى العتق ولم يبق وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة متقابل برقبتهما حتى
يكون موزعا منقسم عليهما وانما جعل على كل واحد منهما "احتمالا لتصح الضمان (٣٤١) فكان ضروريا لا يتعدى غير موضعها
واذا أعتق استغنى عنه وانتهى

الضرورة فاعتبر مقابلا
برقبتهما ولهذا يتنصف
وعرض بانه اذا كان
مقابلا لهما كان على كل
واحد منهما بعضه فيجب
أن لا يصح الرجوع ما لم
زد المولى على النصف
لئلا يلزم الدور كما هو واجب
بان الرجوع بنصف ما أدى
انما هو للتحرر عن تفریق
الصفة على المولى لان المؤدى
لوقوع عن المؤدى على
الخصوص برئ بادائه عن
نصيبه وعتق لان المكاتب
اذا أدى ما عليه من بدل
الكتابة عتق والمولى شرط
عليهما أن يؤديا جعلا ويعتقا
جعا فكأن في التخصيص
اضرار للمولى بتفريق
الصفة فافرقنا المؤدى
عنهما جعلا واذ بقى النصف
على الآخر للمولى أن
ياخذ به أيهما شاء أما المعتق
فبالكفالة وأما صاحبه
فبالاصالة قيل أخذ المعتق
بالكفالة تصحح للكفالة

لا تتحقق المساواة قال (ولولم يؤديا شيئا حتى أعتق المولى أحدهما جازا العتق) لمصادفة ملكه وبرئ عن النصف
لانه مارضى بالترام المال الا ليكون المال وسيلة الى العتق وما يبق وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر لان
المال في الحقيقة متقابل برقبتهما وانما جعل على كل واحد منهما احتمالا لتصح الضمان واذا جاء العتق
استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فافل هذا يتنصف وللمولى أن ياخذ بصفة الذي لم يعتق أيهما شاء المعتق
بالكفالة وصاحبه بالاصالة فان أخذ الذي أعتق رجوع على صاحبه بما يؤدى لانه مؤد عنه بامر وان أخذ
الآخر لم يرجع على المعتق بشئ لانه أدى عن نفسه والله أعلم
(باب كفالة العبد وعنه)

(ولولم يؤديا شيئا) حتى ان المولى (أعتق أحدهما جازا لمصادفة ملكه وبرئ عن النصف لانه مارضى بالترام
المال الا ليكون وسيلة الى عتقه ولم يبق وسيلة) لحصول عتقه بطريق آخر (فيسقط ويبقى النصف على
الآخر لان المال في الحقيقة متقابل برقبتهما وانما جعل على كل منهما احتمالا لتصح الضمان) والحامل عليه
تشوف الشارع الى العتق (فاذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فوجب أن يتنصف وللمولى
أن ياخذ بصفة الذي لم يعتق أيهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة) وأورد عليه أنه يستلزم كون
الرقيق ضامنا للبذل المكتوبة وهو لا يجوز أوجب بان هذا في حالة البقاء لا في الابتداء ككلمات شهود النكاح
(فان أخذ الذي عتق رجوع على صاحبه بما أدى وان أخذ الآخر لم يرجع) على الذي عتق (لانه) رجعا
(أدى عن نفسه)
(باب كفالة العبد وعنه)

الصفة على المولى لان المؤدى لوقوع عن المؤدى على الخصوص ببرأ بادائه عن نصيبه فيعتق لان المكاتب اذا
برئ عما عليه من البذل يعتق والمولى شرط عليه ما أن يؤديا جعلا ويعتقا جعلا ونظيره نصراني كاتب
عبد له نصراني على خر كتابا واحدة فأسلم أحدهما انقاب ما عليه ما عليه (قوله للمولى أن ياخذ
بصفة الذي لم يعتق أيهما شاء) لان كل واحد منهما كان مطا بيا بجميع الالف والباقي بعض ذلك الالف فبقى
على تلك الصفة لان البقاء يكون على وفق الثبوت (قوله المعتق بالكفالة) فان قيل كيف يكون المعتق ههنا
كفالا ببذل الكتابة والكفالة ببذل الكتابة لا تصح قلنا هذا في حالة البقاء لانه لم يكن هذا كفالة في
ابتداءه ببذل الكتابة بل كان كل بدل الكتابة واجبا على كل واحد منهما تصححها للكتابة وبعد عتاق أحدهما
صار المعتق كفالا عن غير المعتق ببذل الكتابة فيجوز ذلك بقاءه وان لم يجز ابتداءه كفى موت الشهود والله أعلم
(باب كفالة العبد وعنه)

ببذل الكتابة وهي باطلة وأجابوا بان كل واحد منهما كان مطا بيا بجميع الالف والباقي بعض ذلك فيبقى على تلك الصفة لان البقاء يكون على
وفق الثبوت فان أخذ الذي أعتقه رجوع على صاحبه بما أدى لانه أداه عنه بامر وان أخذ صاحبه لم يرجع عليه بشئ لانه أدى عن نفسه
حق هذا الباب التأخير لان العبد متى اخرج من الحر امار الشرفه واما لان الاصل في بني آدم هو الحر يتروضع
(باب كفالة العبد وعنه)
ترتيبه يقتضى تقديم كفالة العبد في البحث واكن اعتبر كون الواو للجمع المطلق وفيه ما فيه

(باب كفالة العبد وعنه) (قوله ولكن اعتبر كون الواو للجمع المطلق أقول وبدأ بالكفالة عن العبد القرب (قوله وفيه ما فيه)
أقول فان علامة المصنفين ذكر الاجمال على وفق التفصيل وفيه منع

قال (ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه الخ) قوله لا يجب عليه صفة مالا لا وجوب المسئلة قوله فهو حال وعدل عن عبارة محمد رحمه الله في الجامع الصغير وهي قول محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في العبد الذي يستهلك المال الذي لا يجب عليه حتى يعتق فضمنه رجل ولم يسم حالاً ولا غير حال الى عبارته في الكتاب لان عبارة محمد تحتاج الى تاويل فان العبد اذا استهلك المال عياناً يؤخذ به في الحال قال فخر الاسلام مراده اذا أقر بالاستهلاك وكذبه المولى وقال بعضهم مراده العبد المحجور عليه البالغ اذا أودع مالا فاستهلكه فانه لا يؤخذ به في الحال بل بعد الاعتاق عن أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وأما عبارته (٣٤٢) في الكتاب وهو قوله ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالاً

(ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالاً ولا غيره فهو حال) لان المال حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة الا أنه لا يطالب بعسره اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به والكفيل غير معسر فصار كما اذا كفل عن غائب أو مفلس بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بخوثره اذا أدى رجوع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه (ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فبات العبد برئ)

أخيراً يتعلق به لتأخره بالرد بالرق (قوله ومن ضمن عن عبد مالا) موصوفاً بكونه (لا يجب على العبد حتى يعتق) كأن أقر باستهلاك مال وكذبه المولى أو أقرضه انسان أو باعه وهو محجور فانه لا يجب عليه الا بعد عتقه وكذا اذا أودع شيئاً فاستهلكه أو وطئ امرأة بشبهة بغير إذن المولى بخلاف ماله كان استهلاكه للعالم معاًيناً معلوماً فانه يؤخذ به في الحال فاذا كفل رجل عن العبد بالمال الذي لا يجب عليه الا بعد الحر يضمن غير أن يشترط في الكفالة تاجيلاً (و) هذا هو المراد بقوله (لم يذ كر حلولاً ولا غيره لزم) الكفيل (حالاً لان المال حال على العبد لوجود السبب وقبول الذمة) وعدم الاجل وكيف والعق لا يصلح أجلاً للجهالة وقت وقوعه وقد لا يقع أصلاً (و) انما (لا يطالب به لعسره اذ جميع ما في يده ملك المولى لم يرض بتعلقه به) أي بتعاقب الدين بملكه (والكفيل غير معسر) فالمانع الذي تحقق في الاصيل منتف من الكفيل مع وجود المقتضى وهو الكفالة المطلقة بمال غير مؤجل فيطالب به في الحال (فصار كما لو كفل عن مفلس أو غائب) يلزمه في الحال مع أن الاصيل لا يلزمه وهذا أحسن في حلول هذه الكفالة بخلاف وجه تأخير الدين الى العتق وهو العسرة وعدم رضا المولى فانه لو لم يلزم تأخير دين الاستهلاك المعين لعسره وعدم رضا المولى بل الوجه عدم نفاذ تصرف غير المولى في حقه بما يضره أعني تصرف المقرض والبائع للعبد ولم يرض بايداع المودع عنده ولا بتسكين المرأة وعدم نفاذ قول العبد في حق المولى اذا كان يكذبه بخلاف الاستهلاك المعين فانه ليس فيه أحد هما فينفذ في حقه دفعا لضرر لم يتسبب فيه على نفسه فيجب الدين في الحال فيؤخذ من كسبه ان كان له كسب والاتباع وقبته فيه الآن يغديه المولى هذا هو المرجح في قول محمد في العبد الذي يستهلك المال الذي لا يجب حتى يعتق (بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بخوثره) صحيح ولو كان كفيل بدين الاستهلاك المعين ينبغي أن يرجع قبل العتق اذا أدى لانه دين غير مؤخر الى العتق فيطالب السيد بتسليم رقبته أو القضاء عنه وبحسب أهل الدرس هل المعتبر في هذا الرجوع الامر بالكفالة من العبد أو السيد وقوي عندي كون المعتبر أمر السيد لان الرجوع في الحقيقة عليه (قوله ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فبات العبد برئ)

(قوله ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق) أي مالا هذه صفة وهي انه لا يجب عليه حتى يعتق بان أقر باستهلاك مال وكذبه المولى أو أقرضه انسان أو باعه وهو محجور أو وطئ امرأة بشبهة بغير إذن المولى

ولا غيره فلا يحتاج الى شيء لتناولها ما اذا أقر العبد باستهلاكه للعالم وكذبه المولى أو أقرضه انسان أو باعه وهو محجور أو وطئ امرأة بشبهة بغير إذن المولى أو أودعه انسان فاستهلكه فانه لا يؤخذ بذلك كله للعالم أما صحة الكفالة في هذه الوجوه فلا نه كفيل بمال مضمون على الاصيل مقدور التسليم للكفيل فتصح كما في سائر الديون سواء كانت في ذمة المولى أو المفلس وأما كونها حالاً فلان المال على العبد المكفول عنه حال لوجود السبب وقبول الذمة لكن لا يطالب لوجود المانع عن المطالبة وهو العسرة اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلق الدين بملكه وهذا المانع غير منقطع في حق الكفيل لانه غير معسر فيجب العمل بالمقتضى وصار كالكفالة عن غائب تصح ويؤخذ به الكفيل حالاً وان عجز الطالب عن مطالبة الاصيل وكالكفالة عن مفلس

بتشديد اللام فانها تصح ويؤخذ به الكفيل في الحال وان كان في حق الاصيل متأخراً الى المبصرة فان قيل الا لم يؤخذ من العبد الا بعد العتق فلم يجعل هذا بمنزلة دين مؤجل حتى لا يؤخذ الكفيل أيضاً الا بعد الاجل أجاب بقوله بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بخوثره يعني ان الدين نمت تأخر عن الاصيل بخوثر أي بامر يوجب التأخير وهو التأجيل لا يمنع عن المطالبة بعد وجوبه حالاً وقد اترم الكفيل ذلك فلزمه مؤجلاً اذا أدى الكفيل رجوع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه قال (ومن ادعى على عبد مالا الخ) الكفالة بالنفس لا تتفاوت بين ما اذا كان المكفول بنفسه حراً أو عبداً فانه مجتوب براء

(قوله الى عبارته في الكتاب) أقول قوله الى متعلق بقوله عدل في قوله وعدل عن عبارة محمد

الكفيل لبراءة الاصيل كلكو كان حرا وذكروا هذه في المذهب الذي بعدهما وليبيان الفرق بينهما فان ادعى رقبة العبد على ذي اليد فكفل به رجل فبات العبد فاقام المدعى البينة ان العبد كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى رد الرقبة على وجه يخلفها لقيمة) عند العجز عن ردها واذا وجب ضمان القيمة على الاصيل وجب على الكفيل لانه التزم المطالبة بما على الاصيل وقد (٣٤٣) انتقل الضمان في حق الاصيل الى القيمة فكذا في حق

الكفيل بخلاف الاول أي الضمان الاول لان محل ما التزمه وهو العبد قد فات وسقط عن العبد تسليم نفسه فكذا عن كفيله وانما قيده باقامة البينة احترازا عما اذا ثبت المالك باقرار ذي اليد أو بشكواه عن الميسر حيث تقضى بقيمة العبد الميث على المدعي عليه ولا يلزم الكفيل لان الاقرار بجهة قاصرة الا اذا اقر الكفيل بما اقر به الاصيل قال (واذا كفل العبد عن مولاه بامر بالخ) اذا كفل العبد عن مولاه بامر بالخ لا يتحلوا ما أن يكون عليه دين مستغرق أولا فان كان الاول لم تصح كفالته لحق الغرماء وان كان باذن المولى وان كان الثاني صححت ان كانت بامر لان ماله يثبته مولاه فله أن يجعلها بالدين بالرهن والاقرار بالدين واذا كفل المولى عن عبده فهي صحته سواء كانت بالنفس أم بالمال مدنيونا كان العبد أو غير مدنيون فاذا صححت الكفالة وأدى العبد ما كفل به بعد عتقه أو أدى المولى ذلك بعد عتقه عبده لم يرجع واحد منهما

الكفيل لبراءة الاصيل كما اذا كان المكفول عنه بنفسه حرا قال (فان ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فبات العبد فاقام المدعى البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته) لان على المولى ردها على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل بخلاف الاول قال (واذا كفل العبد عن مولاه بامر فعتق فاداه أو كان المولى كفل عنه فاداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه) وقال الزفرير يرجع ومعنى الوجه الاول ان لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال عن المولى الكفيل لبراءة الاصيل) وهو ظاهر لا فرق في ذلك بين كون المكفول به حرا أو عبدا وانما فاضها في العبد ليرتب عليها مسئلة دعوى الرقبة وهي قوله (فلو كان ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فبات العبد فاقام المدعى البينة ان العبد كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى رد رقبة العبد على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل) وهو كلكو كفل بالمعصوب حيث يؤخذ برده عنه فان عجز بغير قيمته فخالصه أنه كفل بماله هو رقبة العبد والمكفول عنه المولى بخلاف ما لو كفل بالمال الذي على العبد فبات يجب ضمانه والمكفول عنه فيه هو العبد وكذا عن الحر فبات الحر مفسلا ليرأ الكفيل في قولهم جميعا بخلاف من كفل عن المملوك بعد موته على ما تقدم من الخلاف فيه (قوله واذا كفل العبد عن مولاه بامر فعتق فادى أو كان المولى كفل عن عبده وأدى بعد عتقه عبده لم يرجع واحد منهما على الآخر) بشئ (و) نقل (عن زفر رحمة الله) في شرح الجامع (أنه يرجع) قال المصنف (ومعنى الوجه الاول) يعني ضمان العبد عن سيده (أن لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته عن سيده) وهذا لان الاصل ان كفالته العبد لا تصح مطالعة لان الكفالة انما تصح ممن يصح منه التبرع على ما قدمناه أول الباب فلذا لا تصح من الصبي غير المأذون غير أن أمر السيد به فافك للبحر عنه فيه فتصح حتى تباع رقبته في دين الكفالة اذا كفل لغير السيد باذن السيد فاذا كان على العبد دين لا يملك السيد مال بيته لعلق حق الغرماء به فلا يعمل أمره اياه بالكفالة بخلاف

قانه لا يؤخذ به في الحال (قوله فان ادعى رقبة العبد) وفي الفوائد الظاهرية فان ادعى على ذي اليد رقبة لعبد فكفل بنفس العبد ورجل ثم مات العبد فاقام المدعى البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته وانما قيد اثبات ملكه باقامة البينة لانه لو ثبت ملك المدعي باقرار ذي اليد أو بشكواه عند التحليف وقدمات العبد في يد ذي اليد قضى بقيمة العبد على المدعي عليه ولا يلزم على الكفيل شيء مما لزم على الاصيل الا اذا اقر الكفيل بما اقر به الاصيل لان اقرار الاصيل لا يعتبر بجهة في حق الكفيل (قوله ومعنى الوجه الاول) وهو ما اذا كفل العبد عن مولاه بامر ان لا يكون وفي بعض النسخ ان يكون بغير حرف النفي والصحيح من الرواية أن لا يكون لانه اذا لم يكن عليه دين يصح أمر المولى اياه بالكفالة ويصح تصرف المولى فيه لغراغ ذمته عن تعلق حق الغير ألا ترى انه يملك أن يجعله مشغولا بالدين بان يقر عليه بالدين فكذا له أن يأذن حتى تكفل عنه بخلاف ما اذا كان مدنيونا لان مولاه صار كالأجنبي عنه حتى لا يملك شغله بالدين بالاقرار عليه فكذا لا يملك أمره بالكفالة وأما كفالته عن العبد تصح بكل حال سواء كان العبد مدنيونا أولا فان قيل دين العبد مستحق القضاء من ماله يثبته وهي من ملك مولاه فاي فائدة في هذه الكفالة قلنا الفائدة شغل ذمة المولى بالمطالبة أو باصل الدين واستحقاق قضائه من سائر أمواله وهذا لم يكن ثابتا قبل الكفالة واذا ادعى رجل على عبده رجلا دعوى فكفل مولاه بنفسه فهو جائز لانه التزم تسليم ما يقدر على تسليمه

على صاحبه وقال زفرير يرجع لان الموجب للرجوع وهو الكفالة بالامر بتحقيق والمانع وهو الرق تد زال وقتلنا هذه الكفالة قد انقضت غير موجبة للرجوع لان العبد لا يستوجب على مولاه ديناً الا لم يكن عليه دين مستغرق وكذا المولى لا يستوجب على عبده ديناً بحال وكل كفالة تنعقد غير موجبة للرد لا تنقلب وجبة أبداً كمن كفل عن غيره

بغير أمره فبلغه فجاز أن الكفيل بعد الاداء لا يرجع على الاصيل بشئ لذلك وفوض بان الراهن اذا أعتق العبد المرهون وهو معسر وسعى العبد في الدين فإنه يرجع به على المولى مع أن العبد هناك لا يستوجب ديناً على مولاه وأجيب بأنه مغالطتان كلامنا في أن العبد لا يستوجب على مولاه ديناً وفيما ذكرنا الحرج يستوجب ديناً لان استحباب الدين عليه انما هو بعد العتق لكونه غير مطالب به قبل العتق فلا يكون مما نحن فيه ولا تجوز الكفالة عن المكاتب بمال الكفالة تكفل به حياً وعبدواً انما قال بمال الكفالة دون بدل الكفالة ليتناول البدل وكل دين يكون للمولى عليه أيضاً غير بدل الكفالة أما (٣٤٤) في بدل الكفالة فلا نه دين غير مستقر لشبوهه مع المنافي وهو الرق فان المكاتب عبد

اذا كان بامرهم أما كفالته عن العبد فتصح على كل حال له أنه تحقق الموجب للر جوع وهو الكفالة بامرهم المانع وهو الرق قد زال ولنا أنها وقعت غير موجبة للر جوع لان المولى لا يستوجب على عبده ديناً وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة أبداً كمن كفّل عن غيره بغير أمره فجازته (ولا تجوز الكفالة بمال الكفالة حراً تكفل به أو عبد) لانه دين ثبت مع المنافي فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولانه لو عجز نفسه سقط ولا يمكن اثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل واثباته مطلقاً في معنى الضم لان من شرطه الاتحاد

ما اذالم يكن عليه دين فان لم يولد الحق في ماله فيه فيعمل اذنه له في أن يكفل عنه وفي بعض نسخ الهداية ومعنى المسئلة أن يكون عليه دين وليست صحيحة لما بينا أما كفالته السيد عن العبد فصحة على كل حال سواء كان على العبد دين أو لا فان قيل دين العبد الذي يظهر في حق المولى يقضى من ماله وهو مال المولى فاي فائدة في هذه الكفالة أجيب بان الفائدة شغل ذمة المولى بالمطالبة مع الدين أو لانه يقضى من جميع أمواله بخلاف ما اذالم يكفل فإنه لا يلزمه عينا الا أن يسلمه لمبايع وقد لا يفي ثمنه بالدين فلا يصل الغرماء الى تمام الدين وبالكفالة يصلون (لوفر رحمه الله أنه تحقق الموجب للر جوع وهو الكفالة بامرهم والمانع وهو كونه عبده) ولا يستوجب واحد من السيد والعبد ديناً على الآخر (قد زال) بالعتق فان الاداء منهما به فوجب الرجوع (ولنا أنها وقعت) من كل منهما (غير موجبة للر جوع) بما قلنا وان واحد منهما لا يستوجب ديناً على الآخر (فلا تنقلب موجبة أبداً كمن كفّل عن غيره بغير أمره) فبلغه (فجاز فادى الكفيل لا يرجع) لان معنى الامر وان تحقق في حالة البقاء لم يوجب حكم الابتداء وهو الرجوع لان الاصل ان ما يتبعه لا لازماً لا يكون لبقائه حكم الابتداء وهذه الكفالة حين وقعت وقعت غير موجبة للر جوع لما قلنا من أن كل واحد من السيد والعبد لا يستوجب على الآخر ديناً الا أن يكون العبد مدوناً في نكاحه ثبت له الدين على السيد واذا وقعت غير موجبة فلما قبلت موجبة كان في حال البقاء وليس لبقائه حكم الابتداء لانها تقع لازمة وقد طوب بالعرف بين هذه وبين الراهن اذا أعتق العبد المرهون وهو معسر فان العبد يسعى في ذلك الدين ثم يرجع به على سيده فلم لا يرجع هنا أجيب بان استحباب الدين على مولاه وقع بعد العتق فلم يكن فيه تناف وقت استحباب الدين لحريتهما اذ ذلك فجاز أن يرجع على المولى اما هنا فزمان استحباب الدين وهو زمان الكفالة كان عبداً فيه (قوله ولا تجوز الكفالة ببذل الكفالة حراً تكفل به أو عبد) وكذا لا تجوز بمال آخر للسيد على المكاتب (لانه) أي تعدد الكفالة (ثبت مع المنافي) وهو عبده لانه السيد المكاتب لانه عبداً مابق عليه درهم وذلك يقتضى نفق الدين للسيد على عبده وان ثبت فانما يثبت على خلاف القياس بالنص لتحقيق العتق لتشوف الشارع اليه فيقتصر عليه (فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولان المكاتب لو عجز نفسه سقط) هذا الدين (ولا يمكن اثباته) أي اثبات هذا الدين (على هذا الوجه على الكفيل) وهو كونه اذا عجز الكفيل نفسه يسقط عنه (وأثبتاه مطلقاً) في ذمة الكفيل عن هذا الوصف (ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد) ولو أثبتناه على الاطلاق على الكفيل (قوله وقعت غير موجبة) وانما فيه أن الكفالة توجب ديناً للطالب على الكفيل وديناً للكفيل على الاصيل

مابق عليه درهم فكان القياس أن لا يصح استحباب بدل الكفالة عليه اذ كثرنا أن المولى لا يستوجب على عبده شيئاً من المال لكن ترك القياس بقوله تعالى فكاتبوههم ان علمتم فيهم خيراً وكل ما ثبت مع المنافي كان غير مستقر أي ثابتاً من وجهه دون وجهه فلا يظهر في حق صحة الكفالة لاقتضائهما ديناً مستقراً لانها لتوثيق المطالبة واذا كان غير مستقر حاز أن يسقط بغير اختيار الطالب فلم يبق للكفالة فائدة بل قد تكون هزواً ولعباً (قوله ولانه) دليل آخر على عدم استقراره اذ عجز نفسه سقط الدين والمستقر من الدين ما لا يسقط الا بالاداء أو الإبراء وقوله (ولا يمكن اثباته) دليل آخر على المدعى وهو علم صحة الكفالة ببذل الكفالة وتقر به أن الكفالة ان صحته فلا يخلو اما أن يكون ثبوته على الكفيل على وجه ثبوته على الاصيل وهو أن يسقطا بتجيز الكفيل نفسه كما يسقطا بتجيز الاصيل نفسه أو مطلقاً ولا سبيل الى كل واحد منهما

وبدل

بتجيز الاصيل نفسه أو مطلقاً ولا سبيل الى كل واحد منهما

(قوله وانما قال بمال الكفالة الخ) أقول فيه رد لصاحب النهاية حيث قال التخصيص بمال الكفالة غير مفيد فإنه كذا تجوز الكفالة بمال الكفالة عن المكاتب للمولى لا تجوز دين آخر للمولى سوى بدل الكفالة على المكاتب ذكره في المبسوط انتهى الآن في تعليل مال الكفالة لماسوى بدل الكفالة تأملاً (قوله أمان في بدل الكفالة الى قوله وتقر به أن الكفالة ان صحته الخ) أقول وتقر به الاول عندى ان مال الكفالة دين ثبت (قوله أن ما يقع في نسخة العلامة الحمراء) أن ما يقع وكتب عليها بالهامش أصل النسخ بحذف لا النافية فليتأمل مع ما يأتي آه

أما الأول فظاهر لان الأصل بتعجيز نفسه برؤية المولاه كما كان والكفيل ليس كذلك وأما الثاني فاعوات شرط الضم الذي هو ركن الكفالة لان من شرطه الانحداف في صفة الواجب بالكفالة تحقيقا بمعنى الضم ونفي الزيادة على المترم ألا ترى ان الدين لو كان على الأصل مؤجلا كان على الكفيل كذلك في الكفالة المطلقة ولو كان جديدا أو زبعا على الأصل كان على الكفيل كذلك والمطلق غير متقدم مع القيد فلو أن زمانه مطلقا لزم الزام الزيادة على ما التزم وهو غير جائز وأما في غير بدل الكفالة فلا نه اذا عجز نفسه يسقط عنه بفسخ الكفالة سقوط طباها لا بتناهم اعلمها اذا لولاها لم يستوجب المولى على شيء (وبدل السعاية كمال الكفالة) في عدم جواز الكفالة به للمولى (على قول أبي حنيفة) رحمه الله لكونه ديناً غير مستقر لثبوته مع المنافي (لما ان أحكام المستسعى أحكام العبد عنده من عدم قبول الشهادة وتزوج المرأة وتضيف الحدود ودون غيرها) وعلى قولهما تصح لان بدل الكفالة لم يكن مستقرا سقوطه بالتعجيز وهو في السعاية لا يتحقق (٣٤٥) فكان كالحرم المدينون لم سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

وتعالى أعلم بالصواب

(كتاب الحوالة)

الحوالة تناسب الكفالة

من حيثان فيها التزاما بما

على الأصل كفي الكفالة

ولهذا جاز استعاره كل منهما

للاخر اذا اشترط موجب

احدهما للآخر عند ذكر

الآخرى لكنه آخر الحوالة

لانها تتضمن براءة الأصل

مع المنافي في النص وكل

ما هو كذلك لا يظهر في غير

مورد النص فهذا الدين

لا يظهر في حق الكفالة

وتقرر بر الثاني انه دين لو عجز

نفسه سقط وكل ما هو كذلك

لا تصح الكفالة به لانه في

كان ثبوته على الكفيل على

وجه ثبوته على الأصل

والكفالة لتوثيق المطالبة

فلا فائدة فيها فليتأمل ثم

أقول قوله ولانه دليل آخر

على عدم استقرار محل

بحث اذ لا يخفى بنوع كلام

المصنف مما ذكره بل الظاهر

أن قوله ولانه دليل آخر على

المدعى وقوله ولا يمكن اثباته

وبدل السعاية كمال الكفالة في قول أبي حنيفة لانه كالكاتب عنده

(كتاب الحوالة)

وعلى تمكنه من اسقاطه على الأصل لم يتعد الدين عليهما (وبدل السعاية كمال الكفالة في قول أبي حنيفة) رحمه

الله لانه كالكاتب عنده (لعله الاولى لان له أحكام العبد عنده حتى لا تقبل شهادته ولا يزوج أكثر من اثنين

وينصف حده وقسمه هادون العلة الثانية اذ لا يقدر على أن يسقط عنه دين السعاية بتعجيز نفسه وعندهما

تصح الكفالة به لانه حر مدين عندهما وأما الكفالة للمكاتب بدين له على السيد ليس من جنس بدل

الكفالة بخاتمة أو أمة العبد التاجر اذا كان مولاه ينافيان لم يكن على العبد دين وأخذ منه كفيلة فالكفالة باطلة

لان العبد لا يستوجب على مولاه ديناً وان كان عليه دين صح الكفالة لان كسبه بحق الغرماء لا السيد

فكان الدين واجبا في ذمته كفي ذمة غيره فصحت الكفالة والكفالة بالنفس مثل ذلك ان لم يكن على العبد دين

لا تصح وان كان صح

(كتاب الحوالة)

الحوالة تناسب الكفالة لان كلامهما عدا التزاما ما على الأصل للتوثيق الآن الحوالة تتضمن براءة الأصل

براءة مقيدة على ما سئل بخلاف الكفالة لا تتضمنه فكانت كالمركب مع المفرد والمفرد مقدم فآخر الحوالة عنها

وأبضا أثر الكفالة أقرب الى الأصل وهو عدم السقوط بعد الثبوت وأثر الحوالة أبعد منه والحوالة اسم من

الاحالة ومنه يقال أحلت زيدا على عرو فاحتمل أى قبل فأنما يحتمل وزيد محال ويقال محتمل والمسال محتمل

به والرجل محال عليه ويقال محتمل عليه فنقد بالأصل في محتمل الواقع فاعلا محتمل بكسر الواو وفي الواقع

مفعولا محتمل بالفتح كما يقدر في مختار الفاعل مخير بكسر الباء ويقدر في مختار المفعول وأما صلة له مع المحتمل

الفاعل فلا حاجة اليها بل الصلة مع المحال عليه لفظة عليه فهم محتمل ومحتمل عليه فالفرق بينهما بعدم الصلة

وبصلة عليه وفي المغرب تركيب الحوالة يدل على الزوال والنقل ومنه التحويل وهو نقل الشيء من محل الى محل

الا ان ما يجب للكفيل مؤجلا الى وقت أدائه ولهذا لو أبرأ الكفيل الأصل يصح ولا يرجع اذا ادعى الكفيل

بعد ذلك فبين بعد ذلك ان الاعتبار وقت الكفالة وعند ذلك لم يكن العبد ممن يستوجب شيئا على مولاه (قوله

وبدل السعاية كمال الكفالة في قول أبي حنيفة) رحمه الله لانه كالكاتب عنده ولا يجوز الكفالة به للمولى

ولكن كان ذلك معللا بالعدة الاولى وهي قوله لانه يثبت مع المنافي لما أتى للمستسعى عنده أحكام العبد

من عدم قبول الشهادة وتزوج المرأة والحدود وغيرها دون العلة الثانية لانه لا يرد في حقه التعجيز وسقوط

السعاية بالتعجيز

(كتاب الحوالة)

هي اسم بمعنى الاحالة يقال أحلت زيدا على رجل فاحتمل زيدا على الرجل فأنما يحتمل وزيد محتمل ومحتمل

(٤٤ - (فتح القدير والكفاهية) - سادس) تنبيه للدليل والله الهادي الى مستقيم السبيل (قوله أما الاول فظاهر) أقول فيه تأمل (قوله وأما في غير بدل الكفالة فلا نه اذا عجز الخ) أقول معطوف على ما تقدم بنصف صحيحة وهو قوله أما في بدل الكفالة فلا نه دين غير مستقر *(كتاب الحوالة)* قال في البدائع الأصل أن كل ما لا تصح الكفالة به لا تصح الحوالة به انتهى وفي التتارخانية انه يجوز احوالة المكاتب سيده على رجل مقيدة بدين أو غضب أو ودعة واذا صحت الحوالة برئ المكاتب وعق وقال فيه وان أحال سيده غيره على مكاتبه ولم يقيد به بدل الكفالة لا تصح وان قيد به بدل الكفالة صححت وصار المكاتب وكيلاً عن السيد باذنه بدل الكفالة الى غيره ولا يعتق مالم يؤد فان مات سيده قبل الاداء الى آخر ما ذكر في التتارخانية قال الاتقاني يحتاج ههنا الى معرفة أربعة أشياء الخيل وهو الذي عليه الدين والمحتمل له وهو الدائن والمحتمل عليه وهو الذي قبل الحوالة والمحتمل به وهو المال انتهى وفي عراج الدراية يقال أحلت زيدا على رجل فاحتمل أى قبل فأنما يحتمل وزيد محتمل ومحتمل به وهو المال انتهى

والبراءة تغفوا السكفالة فكذلك ما يضمنها والحوالة في اللغة هي النقل وحروفها كـ بـ ما تركبت نارت على معنى النقل والزوال وفي اصطلاح الفقهاء تحويل الدين من ذمة الاصيل الى ذمة المحتال عليه على سبيل التوثيق به وأما شرطها فسنذكره في أثناء الكلام وكذا حكمها وأنواعها قال (وهي جائزة بالدين الخ) الحوالة جائزة بالدين دون الاعيان أما الجواز فيسدل عليه النقل والعقل أما الاول فصار ويأبوا وفي السنن وقال حدثنا القعنبي عن مالك عن أبي (٣٤٦) الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مطلق الغنى

قال (وهي جائزة بالدين) قال عليه الصلاة والسلام من أحيل على مليء فليتبسح ولانه التزم ما يقدر على تسليمه فصح كالكفالة وانما اختلفت بالدين لانها تنبئ عن النقل والتحويل والتحويل في الدين لافي العين قال (وتصح الحوالة برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه)

ويقال للمحتال تحويل أيضا فالمحيل هو المدين والمحتال هو المدين والمحتال عليه هو المدين والمحتال عليه هو الذي التزم ذلك الدين للمحتال والمحتال به نفس الدين وهي في الشرع نقسل المطالبة من ذمة المدين الى ذمة المدين المتبرع بخلاف السكفالة فانها ضام في المطالبة لا نقل فلا يطالب المدينون بالاتفاق وانما اختلف المشايخ ان الدين أيضا ينقل أو لا وسنذكره من قريب فلو أن يد العريف على قول المناقلين بخصوصه لم قيل نقل الدين أو قول المنافين قيل نقل المطالبة فقط (قوله وهي جائزة بالدين) قال صلى الله عليه وسلم في بار وأه أبوه رقرضى الله عنه مطلق الغنى ظلم وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبسح متفق عليه وأما بلفظ أحيل مع لفظ يتبسح كما ذكره المصنف فرواية الطبراني عن أبي هريرة في الوسط قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مطلق الغنى ظلم ومن أحيل على مليء فليتبسح ورواه أحمد وابن أبي شيبة ومسلم أحيل على مليء فليحتل قيل وقديروى فاذا أحيل بالغاء فيغيد أن الأمر بالاتباع للملاءة على معنى أنه إذا كان مطلق الغنى ظلمًا فاذا أحيل على مليء فليتبسح لانه لا يقع في الظلم والله أعلم ثم أكثر أهل العلم على أن الأمر المذكور أمر استحباب وعن أحمد للوجوب والحق الظاهر أنه أمر اباحة وودليل جواز نقل الدين شرعاً والمطالبة فان بعض الاملاء عنه من اللاد في الخصومة والتفسير ما تكثره الخصومة والمضاربة فن علم من حاله هذا لا يطلب الشارع اتباعه بل عدمه لما فيه من تكثير الخصومات والظلم وأما من علم منه الملاءة وحسن القضاء فلا شك في أن اتباعه مستحب لما فيه من التخفيف على المدين والتيسير عليه ومن لا يعلم حله فباح لكن لا يمكن اضافة هذا التفصيل الى النص لانه جامع بين معنيين مجازيين للفظ الامر في اطلاق واحد فان جعله للاد قرب أضمر معه القيد والافهود دليل الجواز للاد جامع على جوازه ادفعاً للحاجة وانما اختلفت بالدين لان النقل الذي تضمنه نقل شرعى وهو لا يتصور في الاعيان بل المتصور فيها النقل الحسى فكانت نقل الوصف الشرعى وهو الدين (قوله وتصح برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه) أما المحتال

ظلم وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبسح وقال الترمذي في جامعه بعد مامر وى الحديث باسناده الى أبي هريرة حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح ومعناه إذا أحيل أحدكم على مليء فليحتل أمر بالاتباع والاتباع بسبب ليس بمشروع ولا يكون مامر وابه من الشارع ودل على جوازها وأما الثاني فلانه قادر على ابقاء ما التزمه وهو ظاهر وذلك لوجب الجواز كالكفالة وأما اختصاصها بالدين فلانها تنبئ عن التحويل لم لا ذكرنا التحويل في الدين لافي العين وتقرر به الحوالة تحويل شرعى والتحويل الشرعى انما يتصورى محمول شرعى وهو الدين لانه

والمل محال به والرجل محال عليه ومحتال عليه وقوله للمحتال المحتال له لغو لاحاجة الى هذه الصلة ويقال للمحتال تحويل كذا في المغرب وهي في الشرع نقل الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحتال عليه (قوله وهي جائزة بالدين) قال عليه السلام من أحيل على مليء فليتبسح فالامر بالاتباع دليل الجواز (قوله) انما اختلفت بالدين لانها تنبئ عن النقل والنقل في الدين لافي العين لان هذا نقل شرعى والدين وصف شرعى فيظهر أثره في المطالبة فجاء أن يؤثر النقل الشرعى في الثابت شرعاً أما العين فحسى فلا ينتقل بالنقل الشرعى بل يحتاج الى النقل الحسى * فان قيل يشكل هذا بما إذا كانت الحوالة بغير أمر المحيل حتى ان من قال لغيره ان لا على فلان كذا فاحتل بها على ورضى بذلك صاحب الدين صححت الحوالة ولا يتحقق النقل فيه * قلنا يتحقق النقل فيه معنى فان الرجل اذا قال أدبت دينك على ان لا أرجع على المدين تكون الحوالة موجودة معنى والمعتبر المعنى دون اللفظ (قوله وتصح برضا المحيل والمحتال) صحة الحوالة تعتمد قبول المحتال والمحتال

وصف شرعى في الذمة لظاهر أثره عند المطالبة لجواز أن يعتبره الشرع في ذمة شخص آخر بالتزامه وأما العين اذا كان في محل محسوسا فلا يمكن أن يعتبر في محل آخر ليس هو فيه لان الحس يكذبه فلا يتحقق فيه الا النقل الحسى وليس ذلك بما نحن فيه قال (وتصح برضا المحيل

والمحتال والمحتال عليه الخ) شرط صحة الحوالة رضا المحتال لان الدين حقه وهو أى الدين ينتقل بالحوالة والذم متغاوثة اما فلا بد من رضا ولا خلاف في ذلك لاختصاص أهل العلم وأما رضا المحتال عليه فهو شرط عندنا وقال الشافعى ان كان للمحيل دين عليه فلا يشترط والرجل محال عليه ومحتال عليه وتقدر المحتال في الفاعل على محمول بكسر الواو وفي المغفول بالغض وقولهم للمحتال المحتال له لغو لانه لا حاجة الى هذه الصلة ويقال للمحتال تحويل (قوله والبراءة تغفوا السكفالة) أقول اذا لم يكن باصر (قوله وفي اصطلاح الفقهاء تحويل الدين الخ) أقول هذا التعريف بناء على الصحيح مما اختلف فيه المشايخ على ما سيحى به

وبه قال مالك وأحمد لأنه يحمل التصرف فلا يشترط رضاه كقول باع عبدا فإنه لا يشترط رضاه لأن الحق للمجمل عليه فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره
كلو وكل في الاستيفاء وأما إذا لم يكن للمجمل دين عليه فيشترط رضاه بالاجتماع وقلناه الزام الدين ولازوم بدون الالتزام لا يقال الزام الحاكم
بالبيعة على المنكر الزام بدون الالتزام لأن الحاكم أظهر ولا لزام للزام وأما مرض المجمل فقد شرطه القدوري وعسى يعمل بان ذوى المروآت قد
يأنفون بحمل غيرهم ما عاينهم من الدين فلا بد من رضاهم وذكر في الزيادات أن الحوالة تصح بدون رضاه لأن التزام الدين من المحال عليه تصرف
في حق نفسه والمجمل لا يضره بل فيه نفعه لأن المحال عليه لا يرجع عليه إذا لم يكن باصره قبل وعلى هذا تكون فائدة اشتراطه الرجوع عليه
إذا كانت باصره وقيل لعل موضوع ما ذكر في القدوري أن يكون للمجمل على المحتال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة فانه حينئذ تكون
اسقاطا للمطالبة لمجمل عن المحال عليه فلا تصح الإبراء والظاهر أن الحوالة قد يكون ابتداءها من (٣٤٧) المجمل وقد يكون من المحتال عليه
والاول حالة وهو فعل
اختياري لا يتصور بدون
الارادة والرضا وهو وجه
رواية القدوري والثاني
احتمال يستلزم بدون ارادة
المجمل بارادة المحتال عليه
ورضاه وهو وجه رواية
الزيادات وعلى هذا اشتراطه
مطلقا كذهب اليه الاثمة
الثلاثة بناء على أن إيقاع
الحق حقه فله ايضا ومن
حين شاء من غير قسم عليه
بتعيين بعض الجهات أو
عدم اشتراطه مطلقا كما
ذهب اليه بعض الشارحين
بناء على رواية الزيادات
ليس على ما ينبغي قال (وإذا
تمت الحوالة برئ المجمل من
الدين بالقبول الخ) إذا تمت
الحوالة برئها وشرطها
كان حكمه براءة المجمل من
الدين وقوله بالقبول متعلق
بقوله إذا تمت الحوالة والمراد
به رضامن رضاه شرط فيها

أما المحتال فلان الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذم متفاوتة فلا بد من رضاه وأما المحتال عليه فلانه يلزمه
الدين ولازوم بدون التزامه وأما المجمل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لأن التزام الدين من
المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يضره بل فيه نفعه لانه لا يرجع عليه إذا لم يكن باصره قال (وإذا
تمت الحوالة برئ المجمل من الدين بالقبول) وقال زفر لا يبرأ اعتبارا بالكفالة

فلان الدين حقه وهو (أي الدين الذي ينتقل بها) أي بالحوالة (والذم متفاوتة) في حسن القضاء
المطل (فلا بد من رضاه) والالزام الضرر بالزامه اتباع من لا يوفيه (وأما المحتال عليه فلانه) الذي (يلزمه
ولدين ولازوم بالالتزامه) ولو كان مسدينا للمجمل لأن الناس يتفاوتون في الاقتضاء من بين سهل ميسر
وصعب معسر (وأما المجمل لالحوالة تصح بلا رضاه ذكره في الزيادات لأن التزام الدين من المحتال عليه
تصرف في حق نفسه وهو) أي المجمل (لا يضره بل فيه نفعه) عاجلا باندفاع المطالبة عنه في الحال وأجلا
بعدم الرجوع عليه (لانه لا يرجع الا باصره) وحيث ثبتت الحوالة بغير رضاه كان بغير امره وأول
في الاوضح المذكور في القدوري إذا كان للمجمل على المحتال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة
فان قبول الحوالة حينئذ من المحتال عليه يكون اسقاطا للمطالبة للمجمل عن نفسه أعني نفس المحتال عليه فلا
تصح الإبراء برضاه كذا في الجوازات واشتراط رضا المجمل قول الاثمة الثلاثة قالوا لان للمجمل إبقاء ما عليه من أي
جهته شاء فلا يتعين عليه بعض الجهات فهاون نقل ابن قدامة ان رضا المجمل لا خلاف فيه ليس بصحيح وصورته
أن يقول رجل لصاحب الدين الك على فلان بن فلان ألف فاحتل به على فرضي الطاب وأجازت الحوالة
حتى لا يكون له أن يرجع بعد ذلك وسنين الحق فيه عندنا هذا ولا تصح الحوالة في غيبة المحتال في قول أبي
حنيفة ومحمد كقولنا في الكفالة الآن يقبل رجل الحوالة للغائب فتوقف على إجازته إذا بلغه وكذا لا يشترط
حضوره للمحتال عليه حتى لو أقال على غائب فبلغه فأجازت (قوله) وإذا تمت الحوالة بالقبول برئ المجمل من
الدين) هذا قول طائفة من المشايخ وهو المصحح من المذهب وقول طائفة أخرى لا يبرأ الا من المطالبة فقط
(وقال زفر لا يبرأ) من المطالبة أيضا فالنظر في خلاف المشايخ أولا حتى يثبت المذهب ثم ينظر في خلاف زفر

عليه ولا تصح الحوالة في غيبة المحتال في قول أبي حنيفة ومحمد رحمه الله كقولنا في الكفالة الآن يقبل رجل
الحوالة للغائب ولا يشترط حضوره للمحتال عليه لصحة الحوالة حتى لو أقال على رجل غائب ثم علم الغائب فقبل
صحت الحوالة وكذا لا يعتبر حضوره للمجمل ولا رضاه (قوله) وإذا تمت الحوالة برئ المجمل (وللمتأخرين

على ما تقدم وقوله من الدين اختيار منه ما هو الصحيح مما اختلف فيه من شأنها فان منهم من ذهب الى أنها توجب براءة ذمة المجمل عن المطالبة
والدين جميعا ومنهم من ذهب الى أنها توجب براءة عن المطالبة ومنشأ ذلك كرمحمد رحمه الله أحكاما تدل على القولين فهايدل على الاول ما قال
ان المحتمل اذا وهب الدين من المجمل أو أبرأه من الدين به الحوالة لا تصح هبته ولا أبرأه ولو بقي الدين في ذمته وجب أن تصح ولو أبرأ المحال عليه

(قوله) وقلناه الزام الدين الخ) أقول فيه بحث فان الدين كان ثابتا في ذمته فليتأمل قال صاحب البدائع ولنا أن الحوالة تصرف على المحتال عليه
بنقل الحق الى ذمته فلا يتم الا بقوله ورضاه بخلاف التوكيل بقبض الدين لانه ليس تصرفا عليه بنقل الواجب اليه ابتداء بل هو تصرف بإداء الواجب
فلا يشترط قبوله ورضاه انتهى فيه تأمل (قوله) قبل وعلى هذا تكون فائدة اشتراطه الخ) أقول ضمير اشتراطه راجع الى الرضا أن القائل هو
الكاسي (قوله) وقيل لعل الخ) أقول القائل هو الخبازي نقلنا من الاوضح (قوله) وعلى هذا اشتراطه الخ) أقول قوله اشتراطه مبتدأ وقوله
ليس على ما ينبغي خبره

أو وهب الدين منه صرح وهذا يقتضي تحول الدين إلى ذمة الحال عليه وبراءة المحيل عنه ومما يدل على الثاني أن المحتال إذا أبرأ الحال عليه صرح ولا يرتد بالرد كبراء الكفيل ولو انتقل أصل الدين إلى الحال عليه وجب أن يرتد به كولو أبرأ المحيل قبل الحوالة والأصل في الكفالة أن الأبراء حينئذ يكون تخليق الدين من عليه الدين والتعليق يرتد بالرد ومنها أن المحيل إذا تقدم للمحتمل بغير المحتال على القبول ولو انتقل الدين بالحوالة يكون المحيل متبرعاً في نفسه المالك كالأجنبي والأجنبي إذا تبرع بقاء الدين لا يجبر رب المال لا تصح إبراءه بالحوالة وعند محمد على قبوله قالوا والاول هو الصحيح لانه تصرف في تحويل الدين فيجب تحويله وقبل الاول قول أبي يوسف والثاني قول محمد والغائنة تظهر في الرهن إذا أحال المرء بالدين هل يسترد الرهن فعند أبي يوسف يسترده كولو أبرأ عن الدين وعند محمد لا يسترده كولو أبرأ عن الدين بعد الرهن وفيما إذا أبرأ الطالب المحيل بعد الحوالة عند أبي يوسف تصح (٣٤٨) لبقاء الدين في ذمة المحول بها هو المطالبة لا غير لا يقال ما ذكره المصنف يدل على

اذ كل واحد منهما جماعة قد توثق

فالقائلون ان المذهب لا يبرأ عن الدين استدلو بمسائل ذكرها محمد تقتضي ذلك فذهب ان المحتال إذا أبرأ المحتال عليه يصح ولا يرتد به كبراء الكفيل ولو انتقل أصل الدين إلى ذمة المحتال عليه وجب أن يرتد به كولو أبرأ المحتال المحيل قبل الحوالة لما في نفسه من معنى التعليق ومنها أن المحيل إذا تقدم للمحتمل ماله بعد الحوالة يجبر على القبول فلما انتقل أصل الدين بالحوالة كان متبرعاً بمال المحتال فلا يجبر على قبوله لغيره ومنها أن المحتال إذا وكل المحيل بقبض مال الحوالة من المحتال عليه لا يصح ولو انتقل الدين صار المحيل أجنبياً عنه وتوكيل الأجنبي بقبض الدين صحيح ومنها أن المحتال إذا أبرأ المحتال عليه لا يرجع المحتال عليه بذلك على المحيل ولو كانت الحوالة بامر المحيل ولو وهب من المحتال عليه يرجع به على المحيل كما في الكفيل إلا أن لم يكن للمحيل عليه دين والا لتقيا قصاصاً ولو كان الدين يتحول إلى ذمة كان الأبراء أو الهبة في حقه سواء فلا يرجع والمطلوب ان المذهب ينتقل الدين استدلو بان المحتال إذا وهب الدين من المحيل أو أبرأه من الدين بعد الحوالة لا يصح إبراءه وهبته ولو في الدين في ذمة صرح وجعل شيخ الاسلام هذا الخلاف بين أبي يوسف ومحمد فعند أبي يوسف ينتقل الدين والمطالبة وعند محمد تنتقل المطالبة لا الدين قال وفائدة هذا الخلاف تظهر في مسألتين أحدهما أن الرهن إذا أحال المرء بالدين هل يسترد الرهن فعند أبي يوسف كولو أبرأه عنه وعند محمد لا يسترده كولو أبرأ عن الدين بعد الرهن والثانية إذا أبرأ الطالب المحيل بعد الحوالة لا يصح عند أبي يوسف لأنه برئ بالحوالة وعند محمد يصح وبرئ المحيل لأن أصل الدين بآني ذمته وانما تحولت المطالبة ليس غير وقد أنكر هذا الخلاف بينهما بعض المحققين وقال لم ينقل عن محمد نص بنقل المطالبة دون الدين بل ذكر أحكاماً متشابهة واعتبر الحوالة في بعضها تاجلاً وجعل المحول بها المطالبة لا الدين واعتبرها في بعض الأحكام إبراء وجعل المحول بها المطالبة والدين وانما فعل هكذا لأن اعتبار حقيقة اللفظ فيجب نقل المطالبة والدين إذا الحوالة منبثقة عن النقل وقد أضيف إلى الدين واعتبار المعنى فيجب تحويل المطالبة لأن الحوالة تأجيل معنى ألا ترى أنه إذا مات المحتال عليه فليس يعود

اختلاف في أن الحوالة توجب براءة المحيل عن المطالبة والمطالبة والدين أم عن المطالبة دون الدين * وانما اختاروا ذلك محمد رحمه الله مسائل تدل على القولين أما من قال توجب البراءة عنهما احتج بما قال محمد رحمه الله المطلوب أحال طالباً على غيره مقيداً بحاله عليه برئ المحيل ومنها المحيل وهب الدين من المحتال عليه أو أبرأه لا يصح بالاجتماع ذكره في الجامع وذكره أيضاً في مختلفه بين المتأخرين وذكر في المبسوط عند أبي يوسف رحمه الله لا يصح وعند محمد رحمه الله يصح ومنها أحال الكفيل الطالب على آخر برئ هو

وجه ثالث وهو البراءة عن الدين دون المطالبة حيث لم يتعرض لذكره لأن انتقال الدين بالمطالبة يستلزم وجود الملزوم باللازم وهو منتهى فاكتم في ذكر الدين عن المطالبة لا استلزامها إياه وقال زفر رحمه الله لا يبرأ من الحوالة كالكفالة لأن كل واحد منهما معتقد توثق وفي الكفالة لا يبرأ فكذا في الحوالة وقال ابن أبي ليلى ونقل ذلك عن مالك رحمه الله الكفالة كالحوالة لما ذكرناه وفي الحوالة يبرأ فكذا في الكفالة وجوابهما واحد وهو أن الحكم غير مضاف إلى ما ذكر من المشترك بل إلى الفارق وهو اختصاص كل واحد منهما بمفهوم خلاف مفهوم الآخر فأن الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة للغراس وإذا حصل نقل الدين عن الذمة لا يبقى فيها أما الكفالة فمضمومة وهو يقتضي إنشاء ما يضم إليه والأصل موافقة الأحكام الشرعية للمعاني

والأغوية يتواءم مع الحوالة بغير أمر المحيل فانها حوالة صحيحة كما مر ولا نقل فيها ولا تحويل وهو نقض إجمالي والجواب أنا لا نسلم أن لا نقل فيها فانها بعد أداء الدين ظاهر التحقيق ولهذا لا يبقى على المحيل شيء

(قوله لأن انتقال الدين بالمطالبة) أقول لا يقال لو كانت المطالبة لازمة للدين لم يكن للقول بانتفاء المطالبة دون الدين مجال لاستلزامه ما ذكرتم لأن المطالبة ليست بالذمة للدين نفسه بل بانتقاله إذا فائدة في انتقاله بدونها بخلاف وجود أصل الدين بدونها فإنها الرجوع على تقدير التوى فليست أملاً فان الكلام لا يبعد قال المصنف (اذ كل واحد منهما معتقد توثق) أقول وليس من الوثيقة براءة الاول بل الوثيقة في مطالبة الثاني مع بقاء الدين على حاله في ذمة الاول من غير تعين كافي الكفالة فيها كما تقدم

ولنا ان الحوالة للنقل لغية ومنه حوالة الغراس والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها أما الكفالة فلا ضم
والاحكام الشرعية على وفق المعاني اللغوية والتوثيق باختار الاملا والاحسن في القضاء وانما يجبر على
القبول اذا نقده المحيل لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن متبرعا

(قوله والتوثيق باختيار
الاملا) جواب لفرز وتقريره
سلمنا ان كل واحد منهما
عقد توثيق لكن براءة
المحيل لالتنايه لان التوثيق
يتحقق معها باختيار الاملا
أي الاقصد على الابقاء
لبسطة سعة ذات اليد
والاحسن قضاء بان يوفيه
بالاجود بلا ماطلة وهو
في الحقيقة تنزل في الجواب
بالقول بالموجب وقوله
(وانما يجبر على القبول)
جواب نقض برده على قوله
والاحكام الشرعية على
وفق المعاني اللغوية
وتقريره لو صح ذلك لانتقل
الدين من المحيل وصار اجنبيا
منه فاذا نقده كان الواجب
أن لا يجبر المحتال على القبول
أي لا ينزل مسئلة القابض
اذا ارتفعت الموانع بين المحتال
والمقود لكون المحيل اذ
دال متبرعا كاجنبي وبإداء
الاجنبي المتبرع لا يجبر
الطالب على القبول وتقريره
الجواب لان سلم أن المحيل
متبرعا في النقذ وانما يكون
متبرعا كاجنبي ان لو لم
يحتمل عود المطالبة اليه
بالتوى وهو يحتمل فلا
يكون متبرعا

الدين الى ذمة المحيل وهذا هو معنى التأجيل فاعتبر المعنى في بعض الاحكام واعتبر الحقيقة في بعضها نعم يحتاج
الى بيان كمية خصوص الاعتبار في كل مكان وسيجيب المصنف عن بعضها في خلافة زفره هذه اذا عرف
المذهب حينئذ جئنا الى خلاف زفره الاعتبار بالكفالة بجماع ان كلامهم - معا عقد توثيق ولم ينتقل فهادين
ولامطالبة بل تحقق فيها شئ ترا في المطالبة ولان عدم الانتقال أدخل في معنى التوثيق اذ يصبر له ممكنة ان
وطالب كلامهم ما فكذلك هذا (ولنا ان الحوالة للنقل لغية ومنه حوالة الغراس) فوجب نقل الدين (والدين اذا
انتقل عن الذمة لا يبقى فيها أما الكفالة فلا ضم) لغية لانهم ان الكفيل وهو الضم فوجب فيها اعتبار اضم الذمة
الى الذمة (لان الاحكام) يعني العقود (الشرعية) المسماة باسماء تعتبر فيها معاني تلك الاسماء وهو فائدة
اختصاصها باسماء (قوله عقد توثيق) والتوثيق أن يطالب كلامهم - ما قلنا بل التوثيق لم يخصص في ذلك بل
يصدق باختيار الاملا واليسرى القضاء فيكتفي به في تحقيق معنى التوثيق في معنى لفظ الحوالة غير متوقف
على خصوص ما ذكر من التوثيق وهذا الدليل ينقض على زفره قال ببقاء الدين والمطالبة على الاصيل أما
الطائفة من المشايخ القائلون بنقل المطالبة دون الدين فلا فانه اذا قال الحوالة تنبني عن النقل فيعتبر فيها ذلك
قالوا - سلمنا واعتبار نقل المطالبة كاف في تحقيق معنى النقل غير متوقف على نقل الدين كما قلت لزفر ان تحقيق
التوثيق يحصل باختيار الاملا الخ غير متوقف على كل كما يحصل به التوثيق وقوله وانما يجبر الخ جواب نقض من
قبل زفر وهو مما سبق من أدلة القائلين من المشايخ بعدم نقل الدين وهو أن المحيل اذا نقده المحتال الدين المحال
به قبل نقده المحال عليه أجبر المحتال على القبول فلم يكن الدين باقيا على المحيل لم يجبر لانه حينئذ متبرع بشئ من
ماله فلا يجبر على قبوله أجاب بانه لا يلزم على نقذ النقل أن يكون متبرعا ضا وانما يكون ذلك لو لم يكن عود
الدين المنتقل اليه بعينه ممكنا نحو فاقد يتوقع فاما ان كان فلا لانه على ذلك التقدير دفع عن نفسه المطالبة على
تقدير تحقق سببها فهذا الجواب يدفع هذا الوارد من حيث هو نقض لفرز ودليل تلك الطائفة وقد نقض من قبل
زفر وجود الحوالة ولا نقل أصلا بما ذابعت بغير اذن المحيل وأجيب بان معنى النقل يتحقق فيه بعد أداء المحتال
عليه حتى لا يبقى اذ ذل على المحيل شئ الا أنه قد يقال لو صح هذا الصرح أن يقال الكفالة بغير أمر المكفول عنه

والاصل ومنها وكل وجلا يقبض الدين فاحال المطلوب الطالب على رجل خرج الوكيل عن الوكالة أما
من قال الحوالة توجب البراءة عن المطالبة دون الدين احتج بما قال محمد رحمه الله المحتال أبرأ المحتال عليه عن
الدين فالحتمل عليه لا يرجع به على المحيل ومنها المحتال وهب الدين من المحتال عليه فالحتمل يرجع به على
المحيل ان لم يكن للمحيل عليه دين وان كان يلتقيان قصاصا فيسقط الدين المحيل وجعل الجواب فيه كالجواب
في الكفيل ومنها المحتال أبرأ المحتال عليه لا يرتد بده ولو وهب الدين منه يرتد بده وجعل الجواب فيه
كالجواب في الكفيل ومنها المحيل لو قضى الدين أجبر المحتال على القبول ولم يكن متبرعا ومنها المحيل
لا يصلح وكذا عن المحتال بقبض الدين من المحتال عليه علم أن الدين باق عليه وانما تأخرت المطالبة فصار
الحاصل أن الحوالة نقل سيرة حتى لا يتمكن من مطالبة المحيل قبل أن يتوى المال على المحتال عليه وتأجيل
معنى حتى لو توى يرجع المحتال على المحيل فكان محمد رحمه الله اعتبر النقل في بعض الاحكام واعتبر التأجيل
في البعض لكون عملهما (قوله وانما يجبر على القبول اذا نقده المحيل) جواب سؤال وهو أن يقال لو انتقل
الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحتال عليه لما أجبر على القبول اذا نقده المحيل كولو تبرع انسان بقضاء دينه لانه
يحتمل عود المطالبة الى المحيل بالتوى فلم يكن متبرعا فان قيل هو متبرع حال أداء الدين اذ لا دين عليه في
الحال قطعاً وما ذكرته موهوم قلنا المتبرع من قصد الاحسان الى الغير من غير أن يقصد دفع الضرر عن

قال (ولم يرجع المحتال على المحيل الآن يتوى حقه الخ) عاف على قوله برئ المحيل أى اذا تمت الحوالة بالقول برئ المحيل ولم يرجع المحتال على المحيل بشئ الآن يتوى حقه على ما يأتى من معنى التوى وقال الشافعى رحمه الله لا يرجع وان توى لان براءة المحيل حصلت مطلقة أى عن شرط الرجوع على المحيل عند التوى وهو ظاهر حيث لم يكن ثمة ما يدل على التقييد وكل ما كان كذلك لا يعود لاسبب جديد كفى الاراء وما يد بما روى عن ابن المسيب أنه كان له على (٣٥٠) رضى الله عنه دين فأحاله به على آخر فبات المحتال عليه فقال ابن المسيب اخترت عليا

قال (ولا يرجع المحتال على المحيل الآن يتوى حقه) وقال الشافعى رحمه الله لا يرجع وان توى لان البراءة حصلت مطلقة فلا تعود لاسبب جديد وإنما انما مقدمة سلامة حقه له اذ هو المقصود أو تنفسخ الحوالة فيها نقل الدين أيضا بهذا الوجه لانه اذا أدى الكفيل لا يبقى على المكفول عنه شئ والحق ان أصل الجواب ساقط فان انتفاء الدين عن المحيل باءا المحال عليه ليس هو نقل الدين بل انتفاءه من الوجود بالكتابة وليس هذا نقله بل نقله نحوه من محل الى محل هذه المحال عليه وعندى ان الجواب هو ان الحوالة بغير اذن المحيل ليست حوالة من كل وجه لان حقيقة الحوالة ان كان فعل المحيل الاحالة أو الحاصل من فعله فهو منتف لا انتفاء الفعل منه والنقل انما هو فى حقيقة نفسها ولهذا أجاز المسالكى هذا المعنى وأخر جوده من الحوالة وسهوه جماله وحكمها شارح حكم الحوالة وهو الزوم على المتحمل دون الشطر الآخر وهو انتقال الدين عن المدين فلم تكن حوالة والاستعقب تمام حكمها وهذا ما وعدناه (قوله ولم يرجع المحتال على المحيل الآن يتوى حقه) وقال الشافعى رحمه الله لا يرجع وان توى) بؤ أو افلاس أو غيره وهو قول أجد واليث وأنى عبيد وعن أجد اذا كان المحال عليه مفاسا ولم يعلم الطالب بذلك فله الرجوع الآن رضى بعدا لعلم وهو قول مالك لان الافلاس عيب فى المحال عليه فله أن يرجع بسببه كالمبيع ولان المحيل غره فهو كالدلس المبيع يرجع به (لان البراءة) الحاصلة بالانتقال (حصلت مطلقة فلا تعود لاسبب جديد) ولا سبب فلا يعود يؤيده ما روى عن ابن المسيب أنه كان له على على رضى الله تعالى عنه دين فأحاله به على آخر فبات المحتال عليه فقال ابن المسيب اخترت عليا فقال له أ بعدك الله فنخر جوده ونحن نمنع كون البراءة مطلقة بل هى مقيدة بمعنى بشرط السلامة وان كانت مطلقة وهذا القيد ثبت بدلالة الحال وهو المقصود من شرع الحوالة ليس بمجرد الوجب على الثانى لان الذم بالنسبة الى الايقاع فصارت سلامة الحق من المحل الثانى كالمشروط فى العقد الاول لكونه هو المطلوب فاذا فاق الشرط عاد الحق الى المحل الاول فصار وصف السلامة فى حق المحال به كوصف السلامة فى المبيع بان اشترى شيئا فهلك قبل القبض فانه ينفسخ العقد ويعود حقه فى الثمن وان لم يشترط ذلك لفظا لما أن وصف السلامة مستحق للمشتري وهذا يشير الى أن الحوالة تنفسخ ويعود الدين وهو

فقال أ بعدك الله فأبعد به مجرد احتياله ولم يجزله الرجوع قلنا البراءة حصلت مطابقة لفظا ومطابقة لثانى متنوع والاول مسلم لكى لا يفيدكم لجواز أن تكون مقيدة بدلالة الحال أو العرف أو العادة فتقول انهم حصلت مقيدة بسلامة حقه له وان كانت مطابقة لفظا بدلالة الحال لان المقصود من شرع الحوالة التوصل الى استيفاء الحق من المحل الثانى لانفس الوجوب لان الذم لا يختلف فى الوجوب وانما تختلف بالنسبة الى الايقاع فصارت سلامة الحق من المحل الثانى كالمشروط فى العقد الاول لكونه هو المطلوب فاذا فاق الشرط عاد الحق الى المحل الاول فصار وصف السلامة فى حق المحال به كوصف السلامة فى المبيع بان اشترى شيئا فهلك قبل القبض فانه ينفسخ العقد ويعود حقه فى الثمن وان لم يشترط ذلك لفظا لما أن وصف السلامة مستحق للمشتري وهذا يشير الى أن الحوالة تنفسخ ويعود الدين وهو

نفسه أصلا وهو هذا الاداء قصد دفع الضرر عن نفسه حيث أسقط عن نفسه المطالبة والمحس حال اعساره فلا يكون متبرعا (قوله لان البراءة حصلت مطلقة) أى عن قيد الرجوع على المحيل عند التوى والحوالة للنقل والمنتقل من الاوصاف لا يعود ولاننا انما مقيدة أى ان البراءة مقيدة بسلامة حقه له يعنى ان الحوالة التى تحصل بها البراءة وان كانت مطلقة لفظا لكنها هى مقيدة بشرط السلامة فلما لم يسلم للمحتال حقه يرجع به على المحيل فان دلالة الحال تصلح للتقييد كما اذا قامت المرأة للزوج فقالت الزوج ان خرجت فانت طالق ينصرف الى هذه الخرجة التى قصدت فى الحال حتى لو عدت ثم خرجت بعد زمان لا تطلق (قوله اذ هو المقصود) أى وصول حق المحتال اليه سالما هو المقصود من عقد الحوالة لانه عقد توثيق فيبقى بحالة ابرام العقد واحكامه لا يابطاله فصار كوصف السلامة فى المبيع بأن اشترى شيئا فوجده معيبا يرجع بنقصان العيب وان لم يشترط ذلك لفظا لما ان وصف السلامة مستحق للمشتري فلما لم يسلم للمحتال حقه يرجع به على المحيل ولان البراءة حصلت بطريق الانتقال فاذا لم يسلم له من المحل الذى انتقل اليه يعود حقه

لفوائه

عبارة بعض المشايخ وقوله أو تنفسخ الحوالة لفوائه أى لفوائ

المقصود وهو السلامة لانه قاب للفسخ حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة انفسخت وكل ما هو قابل له اذا فاق المقصود منه ينفسخ كما اشترى اذا وجد المبيع معيبا واخترده فانه ينفسخ المبيع ويعاد الثمن وان لم يشترط ذلك فى العقد لما اشارة الى عبارة آخر بن منسهم وهو يشير الى أن الحوالة تنفسخ ويعاد الدين على المحيل فانفسخ رحمه الله جمع بين طريقى المشايخ رحمه الله واستخدم قوله فصار كوصف السلامة فى المبيع (قوله كان له على رضى الله تعالى عنه الخ) أقول ليس فى حديث على كرم الله وجهه ما ينافى ما قلنا لعدم دلالة على موت المحال عليه مفاسا

فيهما بعينين مختلفتين و يؤيد ما ذهبنا اليه ماروي عن عثمان رضى الله عنه أنه قال اذا توى المال على الخال عليه عا د الدين على المحيل كما كان ولا توى على مال مسلم ولم يعرف في ذلك مخالف لخل محل الاجماع وعروض بان الحال الوقت الحواله تخير بين أن يقبل الحواله فينتقل حقه الى ذمة المحيل عليه وبين أن يأبأها بقاء لحقه في ذمة المحيل وكل تخير بين شيئين اذا اختار (٣٥١) أحدهما تعين عليه ولا يعود الى الآخر

كالغروب عنه اذا اختار تضمين أحد الغاصبين ثم توى ما عليه لم يرجع على الآخر بشئ وكالولى اذا علق عبده المدين فاختار الغرماء استعباء العبد ثم توى عليهم ذلك لم يرجعوا على المولى بشئ والجواب أن قوله اذا اختار أحدهما تعين عليه أما أن يريد شيئين أحدهما أصل والآخر خلف عنه أو كل واحد منهما أصل فان كان الثاني فليس مما نحن فيه فقياسه عليه فاسد وان كان الاول فلا نسلم أنه اذا اختار أحدهما تعين بل اذا اختار الخلف ولم يحصل المقصود كان له الرجوع الى الأصل لان اختيار الخلف وترك الأصل لم يكن للتوثق فاضافة انواع الحق الى وصف يقتضى ثبوته فاسدة في الوضع قال (والتوى عند أبي حنيفة وجه الله أحد الامرين الخ) توى المال اذا تلف وهو عند أبي حنيفة يتحقق بأحد الامرين اما أن يجحد الحال عليه الحواله فيخلف ولا يئنه للحمال ولا للمحيل على الحال عليه لانه حينئذ لا يقدر على مطالبته وما أن يموت مقلسا

لحقه لانه قابل للفسخ فصار كوصف السلامة في المبيع قال (والتوى عند أبي حنيفة وجه الله أحد الامرين اما أن يجحد الحواله ويخلف ولا يئنه عليه أو يموت مقلسا)

الدين لان البراءة ما ثبتت معاملة قبل يعرض فاذا لم يسلم يعود يؤيده ماروي عن عثمان رضى الله عنه مرفوعا وموقوف في المحتمل عليه اذ امان مقلسا قال يعود الدين الى ذمة المحيل وقال لا توى على مال امرئ مسلم ولفظ الاسرار قال اذا توى المال على المحتمل عليه عا د الدين على المحيل كما كان ولا توى على مال مسلم وذ كر محمد في الاصل عن شريح على ذلك وهذا ان الحد يثنان متعارضان فان كانا صحيحين أولم يثبتا فقد تكافأ هذا واختلفت عباراتهم في كيفية العود فقيل بفسخ الحواله أى يفسخها المحتمل ويعاد الدين كالمشترى اذا وجد بالمبيع عيبا وقيل بتفسخ بيع يعود الدين كالمبيع اذ هلك قبل القبض وقيل في الموت عن افلاس تنفسخ ويعود وفي الجود يفسخ ويعاد وفي طريفة الخلاف قالوا لو مات المحيل والمحال عليه مقلسين لا يرجع فكذا ما نحن فيه قلنا لا نسلم بل له الرجوع الا أنه سقطت المطالبة بالاعسار ولهذا كلما ظهر لاحد ههما مال أخذته كافي الكفيل والمكفول عنه اذا ماتا مقلسين لم يطل الكفالة ثم لا يدل على ان المطالبة لا تثبت حالة حياة المكفول عنه قالوا مال الحواله يجعل كالمقبوض لانه لو لم يكن كالمقبوض لآدى الى الافتراق عن دين بدن ولانه تجوز الحواله برأس مال السلم والصرف ولولائه كالمقبوض لم تجز الحواله واذا مات المحيل مقلسا لا يكون المحال اسوة للغرماء واذا كان كالمقبوض لا يرجع قلنا ليس كالمقبوض والاجاز للمعه ل أن يشتري شيأ من غير المحتمل عليه كما يجوز أن يشتري به من المحتمل عليه وقولهم لم يمس كالمقبوض صادر بنا بدني انما يلزم لو كان القصد منه المعاوضة وليس كذلك كالقرض وأما الصرف والسلم فحجة لان لانه لو كان كالمقبوض لجاز أن يتفرقا عن المجلس من غير قبض وليس كذلك فانه اذا حال به سحافوا فترقا من غير قبض يفسد العقد ولو كانت الحواله قبضا لكان هذا افتراقا بعد القبض فلا يفسد العقد وما كون المحال لا يصير اسوة للغرماء اذا مات المحيل ولا دل له سوى ما على المحتمل عليه فممنوع قال في الجامع الكبير ولو أن المحتمل آخر الحويل سنة ثم مات المحيل وعليه دين آخر سوى دين المحال يقسم دينه على الحويل بين المحال وبين الغرماء بالخصص لان هذا مال المحيل ولم يصير بالحواله مسلما للمحال لان تعليق الدين من غير من عليه الدين لا يتصور لكن يتعلق به حق المحال وهذا لا يصير المحال أنخص به ما لم تثبت البسبب دليل ان العبد المأذون اذا كان عليه دين يتعلق حق صاحب الدين برقبته وكسبه ثم لو وجب بعد ذلك دين آخر كان رقبته وكسبه بين الكل بالخصص انتهى واذا عرف أنه يرجع بالتوى بين التوى بقوله (والتوى عند أبي حنيفة وجه الله بكل من أمرين اما أن يجحد الحواله ويخلف ولا يئنه عليه) للمعتل ولا للمحيل فقوله (له) يعنى كلام المحيل والمحال (أو يموت مقلسا) لاملال له معينا ولا

الى المحل الذي انتقل عنه كالمشتري بالدين شيأ وهلك قبل القبض فان حقه يعود في الدين كما كان فكذا هنا والجامع انما سبب يحتمل الفسخ حتى لو تراعى باعلى فسخ الحواله انفسخت كما ان ذلك السبب يحتمل الفسخ (قوله ولا يئنه عليه أو يموت مقلسا) ذكر الامام القمى ثانيا وجه الله أو يجحد المحتمل عليه الحواله ولا يئنه للمحيل ولا للمعتل أو يموت ولم يترك ما لا ولا يئنا ولا كفيلا ولو لمات المحتمل عليه فقال المحتمل مات مقلسا وقال المحيل بخلافه في الشافى القول للمعتل مع المبيع على العام لتمسكه بالأصل وهو العسر ولانه بالحواله لم يدخل في ملك المحتمل عليه مال ولو كان حيا فزعم انه مقلس فاقول قوله فكذلك بعد موته اذا زعم الطالب انه

كلا يتخفى قال المصنف (فصار كوصف السلامة في المبيع) أقول بان اشترى شيأ فهلك قبل القبض فانه يفسخ العقد ويعود حقه في الثمن وان لم يشترط ذلك لفظا اما أن وصف السلامة مستحق للمشتري وهذا النقص برناظر الى الكلام الاول فالوجه جمع بين طريق المشايخ واستخدم قوله فصار كوصف السلامة في المبيع فيها بعينين مختلفتين

لان العجز عن الوصول الى الحق وهو التوى في الحقيقة يتحقق بكل واحد منهما ما في الاول فلماذا كررنا واما في الثاني فلانه لم يبق ذمة يتعلق بها الحق فسقط عن المحال عليه وثبت للمحتمل الرجوع على المحيل لان براءة المحيل كانت براءة نقل واستيفاء لبراءة اسقاط فلما اعتذر الاستيفاء وجب الرجوع وقالهذان ووجه ثالث (٣٥٢) وهو أن يحكم الحاكم بافلاسه بالشهود حال حياته وهذا الاختلاف بناء على أن الافلاس

لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما وهو التوى في الحقيقة (وقال هذان الوجهان ووجه ثالث وهو أن يحكم الحاكم بافلاسه حال حياته) وهذا بناء على أن الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لما قاله لان مال الله غادر واضح قال (واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل أحلت يدين لي عليك لم يقبل قوله وكان عليه مثل الدين) لان سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بامر الله لا أن المحيل يدعي عليه ديناً وهو ينكر والقول للمنكر ولا تكون الحوالة اقراراً منه بالدين عليه لانها قد تكون بدونه قال (واذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به فقال انما أحلتك لتقبضه لي وقال المحتال لابن أحملي يدين كان لي عليك فالقول قول المحيل) لان المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر ولغظة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع عينه

دينا ولا تكفي عن يدين المحتال وعندهما من دين ووجه آخر وهو أن يحكم الحاكم بافلاسه وهذا بناء على أن تقابض القاضي يصح عندهما وعنده لا يصح لانه يتوهم ارتفاعه بحديث مال له فلا يعود بتقابض القاضي على المحيل والتوى التلف يقال منه توى بوزن علم يتوى وهو نونا ولو قال المحتال مات مغلوسا وقال المحيل بخلافه ففي الشافى والمبسوط القول للطالب مع اليقين على العلم لانه متمسك بالاصل وهو العسرة ولو كان حياً فزعم انه مغلوسا فالقول له فكذلك بعد موته وفي شرح الناصحى القول للمحيل مع اليقين لانكاره عود الدين (قوله) واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل (انما) أحلت يدين لي عليك لم يقبل قوله وعليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق في حقه وهو قضاء دينه بامر الله لا أن المحيل يدعي ديناً عليه وهو ينكر والقول للمنكر) ولا يقال قبول الحوالة من المحتال عليه اقرار بالدين عليه لانا نقول ليس من ضرورته قبول الحوالة ذلك بل قد تكون بما عليه وهي المقيدة وقد تكون مطلقة والمطلقة هي حقيقة الحوالة أما المقيدة فوكالة بالاداء من وجهه والعقبض (واذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به وقال اني أحلتك لتقبضه لي فقال المحتال بل أحلتني يدين لي عليك فالقول للمحيل لان المحتال يدعي عليه) أى على المحيل (دينا وهو ينكر) فالقول له لان فراغ الذمة هو الاصل وبه قال الشافى وفي وجه آخر القول للطالب لان الحوالة بالدين ظاهر انما قاله المحيل فوكيل فهو خلاف الظاهر وهو قول أجدو قول المصنف (ولغظة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع عينه) جواب عنه وهو بناء على تساويهما في الاستعمال ومنع كونها بالدين أظهر فالحوالة

مغلوسا فالقول قوله مع عينه على علمه وفي شرح الناصحى القول للمحيل مع اليقين على العلم لانكاره عود الدين (قوله) وهذا بناء على أن الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافاً لما يقال أفلس بعد ان كان ذا درهم ودينار فاستعمل مكان افتقر وفلسه القاضي أى قضى بافلاسه حين ظهر له حاله كذا في الطلبة هما يقولان اعتبر بالقضاء بالافلاس في اخر ارجعه من السجن فكذا في حق غيره وأبو حنيفة توجهه الله يقول الافلاس لا يتحقق لان المال غادر واضح فقد يصح الرجل فقيراً ومضى غنياً اذا جاء أو ذهب وراحاً أى بعد الزوال والمعنى جاء وذهب أو عكسه ثم عود المال الى المحيل بالتوى لا لتعذر الاستيفاء ألا ترى انه لو تعذر استيفاءه من المحتال عليه بغيبته لم يرجع على المحيل بشئ ولا تصور للتوى في الدين حقيقة وانما يكون ذلك حكماً بخروج محله من أن يكون محلاً لالالتزام وبعد الافلاس الذمة في صلاحيتها للالتزام كما كانت من قبل فلا يتحقق التوى بخلاف ما بعد الموت مغلوسا لان الذمة تخرجت من أن تكون لصلاحها للالتزام فثبت التوى بهذا الطريق حكماً (قوله) ولغظة الحوالة مستعملة في الوكالة (جواب سؤال مقدر وهو

بتفليس الحاكم عنده لا يتحقق خلافاً لما قاله التوى هو العجز عن الوصول الى الحق وقد حصل ههنا لانه عجز عن استيفاء حقه فصارت المحال عليه وقال عجز عن ذلك عجز يتوهم ارتفاعه بحديث المال لان مال الله غادر واضح وقد تقدم معناه في الكفاة فلم يكن كالأوت ولو مات المحال عليه فقال المحتال مات مغلوسا وقال المحيل بخلافه ذكر في المبسوط وعن الشافى أن القول قول الطالب مع عينه على علم لانه متمسك بالاصل وهو العسرة يقال أفلس الرجل اذا صار ذا فلس بعد أن كان ذا درهم ودينار فاستعمل مكان افتقر وفلسه القاضي أى قضى بافلاسه حين ظهر له حاله كذا في الطلبة قال (واذا طالب المحتال عليه المحيل الخ) اذا طالب المحتال عليه بمثل مال الحوالة مدعيها قضاء دينه من ماله فقال المحيل أحلت يدين لي عليك لم يقبل قوله ويجب عليه مثل الدين لان سبب الرجوع وهو قضاء دينه بامر الله قد تحقق باقراره الا أنه يدعي عليه ديناً وهو

ينكر والقول قول المنكر والبيئة للمحيل فان أقامها بطل حق المحتال عليه في الرجوع فان قيل لم لا يجوز أن تكون الحوالة قال

اقراراً منه بالدين عليه أجاب بقوله لانها قد تكون بدونه أى الحوالة قد تكون بدون الدين المحال عليه فيجوز انفاً كما كها عنه وحينئذ يكون التوبة بالدين تقييداً بالاداء ليس (واذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به فقال انما أحلتك لتقبضه لي وقال المحتال بل أحلتني يدين لي عليك فالقول قول المحيل) فان قيل الحوالة حقيقة في نقل الدين ودعوى المحيل أنه أحاله ليقبضه له خلاف الحقيقة بلاد بل أجاب بقوله ولغظة الحوالة وعنه

أن دعواه تلك دعوى ماهو من محلات لفظه وهو الوكالة فان لفظ المحل يستعمل فيها مجازاً لما في الوكالة من نقل التصرف من الموكل الى الوكيل فيجوز أن يكون مراده من لفظه ذلك فيصدق لكنه مع يمينه لان في ذلك نوع من لفظه لا ظاهر قال (ومن أودع رجلاً ألف درهم الخ) اعلم أن الحوالة على نوعين مقيدة ومطلقة فالمقيدة على نوعين أحدهما أن يعيد المحيل الحوالة بالعين الذي له في الحال عليه بالوديعة أو الغصب والثاني أن يعيدها بالدين الذي له على الحال عليه والمطلقة وهي أن يرسلها رسالاً لا يعيدها بدين له على الحال عليه ولا بعين له في يده وان كان له ذلك عليه أوفى يده أو أن يحبس على رجل ليس له عليه دين ولا له في يده عين أيضاً على نوعين حالة وموجلة فالحالة هي أن يحبس المدينون الطالب على رجل بالف حالة فانها تكون على الحال عليه كذلك لانها تحوّل الدين من الاصل فيتحول (٣٥٣) على الصفة التي على الاصل والغرض

انها كانت على الاصل حالة فكذلك على الحال عليه وليس

للمحال عليه أن يرجع على الاصل قبل الاداء لكنه يفعل به ما فعل به كما تقدم في الكفالة والمؤجلة هو أن يكون الدين على الاصل مؤجلاً فيجوز مؤجلاً على الحال عليه بذلك الاجل فان المال يكون على الحال عليه الى ذلك الاجل لانه قبلها كذلك اذا عرف هذا فقوله ومن أودع رجلاً ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لانه أقدر على القضاء دليل جوازه وذلك لوجهين أحدهما أن الاداء منها يتحقق من عين حق المحيل وحينئذ لا يصعب عليه الاداء فكان أقدر والثاني أن الوديعة حاصلة بعينها لا تحتاج الى كسب والدين قد يحتاج اليه وإذا كان أقدر على القضاء كان أولى بالجواز فكانت جائزة بالدين فلا ن

قال (ومن أودع رجلاً ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لانه أقدر على القضاء فان هلك بئى) لتعديها به فانه ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب

متواطئ فيها والافاد عاؤه مجازاً متعارفاً يخص قوله ما فان الحقيقة عند أي حنيعة مقدمة على المجاز المتعارف وقد تكاف شمس الأئمة حين استبعد التواطؤ وتقديم المجاز المتعارف فحملها على ما اذا استوفى المحتال الألف المحال بها وقد كان المحيل باع متاعاً من المحتال عليه هذه الألف فيقول المحتال كان المتاع ملكي وكنت وكبلا في بيعه عني والمقبوض مالي ويقول المحيل كان المتاع ملكي وانما باعت له لنفسه فالقول للمحيل لان أصل المنازعة وقع بينهما في ملك ذلك المتاع واليد كان للمحيل فالظاهر انه له انتهى وظاهره تخصيص المسئلة بنحو هذه الصورة وليس كذلك بل جواب المسئلة مطلق في سائر الامهات والحق انه لا حاجة الى ذلك بعد تجوز كون لفظ أحلتك بألف براديه ألف للمحيل لان ثبوت الدين على الانسان لا يمكن بمثل هذه الدلالة بل لابد من القطع به من جهة اللفظ أو دلالة مثله على أوفى ذمتي لان فراغ الذمة كان ثابتاً بين فلان يلزم فيه ضرر وشغل ذمته الا بمثله من اللفظ ومنه نحو قوله اتزمت في جواب لي عليك ألف للتيقن بعود الضمير في اتزمت على الألف المدعاة بخلاف مجرد قوله أحلتك (قوله ومن أودع رجلاً ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لانه أقدر على القضاء) ليسر ما يقضى به وحضوره بخلاف الدين عليه (فان هلك بئى) المحال عليه وهو المودع (لتعديها بها) أي لتعدي الحوالة بالوديعة التي هلكت (فانه) أي الرجل (ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت الحوالة مقيدة بعين (مغصوب) عرض أو ألف درهم مثلاً فانه اذا هلك المغصوب المحال به لا تبطل الحوالة ولا يبرأ المحال عليه لان الواجب على العاصم رد العين فان عجز رد المثل أو القيمة فاذا هلك في يد الغاصب

أن يقال اذا أحاله فقد أقر بالدين لان الحوالة نقل للدين من ذمة الى ذمة فاجاب ان الحوالة تستعمل في نقل التصرف على طريق التوكيل ولهذا قال محمد رحمه الله اذا صار مال المضارب بقدين على الناس وامتنع المضارب عن التقاضي يقال له أحل رب المال على الغرماء أي وكل ونستعمل في نقل الدين فلم يكن حجة للمحتمل على أن المحيل صار مضمناً بالدين بل لما كان محتملاً كان القول قول من اتهمه مع يمينه وذكر شمس الأئمة السر مخفى رحمه الله وتحتل المسئلة معنى آخر وهو أن المحتال اذا استوفى الألف وقد كان المحيل باع متاعاً من المحتال عليه بهذا الألف فيقول المحتال كان ذلك المتاع ملكي وكنت وكبلا في بيعه من جهتي والمقبوض مالي ويقول المحيل كان المتاع ملكي وانما باعت له لنفسه فالقول قول المحيل حينئذ لان أصل المنازعة بينهما وقع في ملك ذلك المتاع واليد كان للمحيل ثم كل متصرف عامل لنفسه حتى يقوم الدليل على كونه عاملاً لغيره والنعم انما وجب بالبيع في المحل الذي هو في يده وهو الذي باشره فيكون الثمن واجبه في الظاهر فلذلك كان القول قوله (قوله ومن أودع رجلاً ألف درهم وأحال بها آخر عليه فهو جائز) الاصل أن الحوالة نوعان مقيدة بدين

(٢٥) - (فتح القدير والكفاية) - (سادس) تكون جائزة بالعين أجدر فان هلك الوديعة بئى المودع وهو المحال عليه وليس للمحال شيء عليه لتعديها بها أي لتعدي الحوالة بالوديعة لانه ما التزم الاداء الا منها فيعلق به أو يبطل بهلاكها كالزكاة المتعلقة بنصاب

(قوله فان لفظ الحوالة الخ) أقول كما ينبغي في كتاب المضاربة أحداً بمعنى وكل فراجعته قال العلامة الكاكي قبل المجاز لا يعارض الحقيقة فاحتمال المجاز لا يخرج عن اراده الحقيقة فاجب هذا مجازاً متعارفاً فيمكن أن يخرج عن ارادة الحقيقة ولو لم يخرج عنه كان محتملاً فلا يدل على الاقرار انتهى وفيه تأمل (قوله لما في الوكالة من نقل التصرف الخ) أقول فيه شيئاً (قوله والمطلقة التي قوله على نوعين حالة وموجلة) أقول قوله والمطلقة مبتدأ وقوله على نوعين خسرته

معين وقوله بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب بان كان الالف مغصوباً بعند المال عليه وقيد الحوالة ببيان لجوازها بالعين المغصوبة وانما اذا هلكت لا يبرأ الغاصب لان المغصوب اذا هلكت وجب على الغاصب مثله ان كان مثلياً وقيمة ان كان قيمياً فكان القوات به لا توفى الى خلف وذلك كقوات فكان باءاً وحكم وقوله وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضاً ببيان لجوازها مقيدة بالدين كما اذا كان لرجل على آخر الف درهم وللمدين على آخر كذلك وأحال المدين الطالب بدينه على مدونه بالفاء على أن يؤديه من الالف التي للمطلوب عليه فانه جائز وحكم الحوالة المقيدة في هذه الجلة وهي الحوالة (٣٥٤)

لان القوات الى خلف كقوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضاً وحكم المقيدة في هذه الجلة أن لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وان كان اسوة للغرماء بعدموت المحيل وهذا لانه لو بقي له مطالبة فيأخذ منه بطلت الحوالة وهي حق المحتال

المحال عليه لا يبرأ (لان له خلفاً) والقوات الى خلف كقوات) فثبت متعلقة بخلافه فيرد خلفه على المحتال (وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضاً) بأن يحمله بدينه الذي له على فلان الحال عليه فصارت المقيدة بالتفصيل ثلاثة أقسام مقيدة بعين أمانة بعين مضمونة ودين خاص (وحكم المقيدة في هذه الجلة) أعني الاقسام الثلاثة (أن لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه) بذلك العين ولا بذلك الدين (لان الحوالة) لما قيدت بها (تعلق حق الطالب به) وهو استيفاء دينه منه (على مثال الرهن) وأخذ المحيل يبطل هذا الحق فلا يجوز فلو دفع الحال عليه العين أو الدين الى المحيل ضمنه للطالب فانه استهلك ما تعلق به حق المحتال كما اذا استهلك الرهن أحد يضمنه للمرتهن لانه يستحقه ولما كان تشبيه المصنف بالرهن يتبادر انه لو هلك المحيل وعليه دين آخر غير دين المحتال ينبغي أن يختص المحتال بذلك الدين الذي أحبل به أو العين وليس كذلك بدينه المصنف فقال (وان كان أي المحتال (أسوة الغرماء) فيه) بعدموت المحيل وهذا لانه لو بقي للمحيل (حق المطالبة) بما أحال به من الامر العين (فيأخذ منه بطلت الحوالة) الواقع (انما حق المحتال) فليس له أن يبطل حقه وترك الفرق بين الرهن والمحال به ديناً أو عيناً والفرق ما قدمناه أنه وان كان حق المحتال متعلقاً بالعين المخصوصة والدين كما يتعلق حق الدائن بالرهن العيسين لكن ليس له يدوم ملك والمرتهن له يدنا بتمتع مع الاستحقاق فكان له زيادة اختصاص واذا كان المحتال اسوة الغرماء فلو قسم ذلك الدين أو العين بين غرماء المحيل وأخذ المحتال حصته لا يكون له أن يرجع على الحال عليه ببقية دينه وهو ظاهر لتقدير الحوالة بذلك المقسم وهذا من أحكام الحوالة المقيدة بالدين أو العين انه لو أبرأ المحتال المحتل عليه صح الابراء وكان للمحيل أن يرجع على الحال عليه بدينه ولو وهب المحتال دينه من المحتال عليه أو مات المحتال له وورثه المحتال عليه لا يكون للمحيل أن يرجع على المحتال عليه والفرق أن الهبة من أسباب الملك وكذا الارث فلكل المحتال عليه ما في ذمته بالهبة فهو كالمالكه بالاداء ولو أدى لا يرجع المحيل عليه فكذلك اذا ملكه بالهبة بخلاف الابراء فانه في الاصل موضوع للاستقاط فلا يملك به المحتال عليه ما في ذمته وانما يخرج به عن ضمانه للمحتال دينه وهو الشاغل لدين المحيل فبقي دين المحيل على المحتال عليه أو بعين في يده بخصب أو ودعة أو غير ذلك ومطالبة بان يرسل الحوالة ارسالاً ولا يقيد بها بدين أو عين أو يحمله على رجل ليس له عليه دين ولا في يده عين له ثم المطلقة حالة وموجلة (قوله وحكم المقيدة في هذه الجلة) أي حكم الحوالة المقيدة في جلة ما ذكرناها وهي ما اذا كانت مقيدة بالعين أو بالدين ولعين امانان كانت ودعة أو غصباً أن لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن فان الراهن بعد ما رهن لا يبقى له حق الاخذ من يد المرتهن الا انه يخالف الرهن من حيث ان المحتال لا يكون أخص بذلك

العين أو الدين الذي قيدت الحوالة به بعده لانه تعلق به حق المحتال فانه انما رضى بتفصيل حقه الى الحال عليه بشرط أن يوفى حقه مما للمحيل عليه أو يبيده فتعلق به حق استيفائه وأخذ المحيل ذلك يبطل هذا الحق فلا يمكن من أخذها ولو دفعها المودع أو غديره الى المحيل ضمن لانه استهلك محلاً مشغولاً بحق الغير على مثال الرهن فان الراهن بعد ما رهن العين لم يبق له حق الاخذ من يد المرتهن لئلا يبطل حق المرتهن وقوله وان كان اسوة للغرماء اشارة الى حكم آخر يخالف حكم الحوالة حكم الرهن بعد ما انتفى عن عدم بقاء حكم الاخذ للمحيل والراهن وهو أن الحوالة اذا كانت مقيدة بالعين أو الدين وعلى المحيل ديون كثيرة ومات ولم يترك شيئاً سوى العين الذي ليسد الحال عليه أو الدين الذي عليه الحال اسوة الغرماء بعدموته بخلافه لفرجه الله وهو القياس

لان دين غرماء المحيل تعلق بمال المحيل وهو صار أجنبياً من هذا المال ولهذا لا يكون له أن يأخذ في حال حياته بخلاف فكذا بعد وفاته ولان الحال كان أسبق لتعلقهم هذا المال لتعلقه في حخته وحق الغرماء لم يتعلق في حخته فيقدم الحال على غيره كالمرتهن قلنا العين الذي يبدد الحال عليه للمحيل والدين الذي له عليه لم يصرموا كالاحمال بعقد الحوالة لا يداوه وظهر ولا رغبة لان الحوالة ما وضعت للتأمين وانما وضعت للنقل فتكون بين الغرماء وأما المرتهن فانه ملك المرهون يداووه حسبما ثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعاً لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره أن يشاركه فيه (قوله وهذا) اشارة الى قوله أن لا يملك المحيل وتقريره ما ذكرناه آنفاً

(قوله وقوله بخلاف الخ) أقول قوله وقوله مبتدأ وقوله ببيان لجوازها خبره

وقوله بخلاف المطلقة لبيان
الحالة المطلقة وانها لا تبطل
بأخذ الحمل ماله عند
المحال عليه من العين أو عليه
من الدين لان الضمير للشان
لاتعلق لحق المحال به أى
بما عند المحال عليه أو عليه
بل يتعلق بحقه بذمة المحال
عليه وفى الذمة سعة فاخذ
ماله عنده أو عليه لا يبطل
الحالة وعلى هذا ليس
للمودع والغاصب أن يؤدى
دين المحال من الوديعة
والغصب وللحميل أن
ياخذهما مع بقائه للحالة
كما كانت قال (وتكره
السفاح الخ) السفاح
جمع سفحة بضم السين
وفتح التاء فارسي معرب
أصله سفته يقال للشي
المحك وسمى هذا القرض
به لاحكام أمره وصورتها
أن يدفع الى تاجر مالا قرضا
لبدفعه الى صديقه وقيل هو
أن يقرض انسانا مالا
ليقتضيه المستقرض فى
بلد يريد المقرض وانما
يدفعه على سبيل القرض
لاعلى سبيل الامانة ليستفيد
به سقوط خطر الطريق
وهو نوع نفع استفيد
بالقرض وقد نهى رسول
الله صلى الله عليه وسلم عن
قرض حزنفا وقيل هذا اذا
كانت المنفعة مشروطة
وأما اذا لم تكن فلا بأس بذلك

بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقه به بل بذمته فلا تبطل الحولة باخذ ما عليه أو عنده قال (ويكره السفاح وهى
قرض استفاد به القرض سقوط خطر الطريق) وهذا نوع نفع استفيد به وقد نهى رسول الله صلى الله عليه

على المحتمل عليه بلا شغل فيرجع به عليه (وقوله بخلاف المطلقة) يتصل بقوله لا تعلق المحيل بمطالبة المحتمل
عليه بالعين المحال به والدين والحاصل أن الحولة قسمان مقيدة كاذكرنا ومطلقة وهى أن يقول المحيل
للبالغ أأحلتك بالالف التى لك على هذا الرجل ولم يقل ليؤدى من المال الذى لى عليه فاذا أأحال كذا لثوله عند
ذلك الرجل وديعة أو موصو به أو دين كان له أن يطالب به (لانه) أى الشان (لاتعلق لحق المحتمل به) أى
بذلك العين أو الدين لوقوعها معلقة عنه (بل بذمة المحتمل عليه) وفى الذمة سعة فباخذ منه أو عينه من المحتمل
عليه لا تبطل الحولة (وما عليه يرجع الى الدين أو الغصب أو عنده يرجع الى الوديعة ومن المطلقة أن يحيل
على رجل ليس له عنده ولا عليه شئ وتنقسم المطلقة الى حالة ومؤجلة فالحالة أن يحيل الطالب بالف وهى على
المحيل حالة فتكون على المحتمل عليه حالة لان الحولة تنحو بل الدين فيتحول بالصيغة التى هى على الاصيل وليس
للمحتمل عليه أن يرجع على الاصيل قبل أن يؤدى ولكن له اذ ألزم أن يلازمه واذا حبس أن يحبس والمطلقة
المؤجلة له على رجل ألف الى سنة فاحا الطالب عليه الى سنة كانت عليه الى سنة ولو حصصت الحولة مبهمة
لم يذكره محمد وقالوا ينبغي أن تثبت مؤجلة كفى الكفالة لانه يحمل ماعلى الاصيل باى صفة كان فلو مات
المحيل لم يحمل المال على المحتمل عليه لان حلول الاجل فى حق الاصيل لاستغنائه عن الاجل بموته ولا يتأى ذلك فى
حق المحال عليه لانه حتى يحتاج الى الاجل ولو حل عليه انما يحيل بناء على حلوله على الاصيل فلا وجه له لان الاصيل
يرضى عن الدين فى أحكام الدين والتحقق بالاجانب ولو مات المحال عليه قبل الاجل والمحيل حتى حل المال على
المحتمل عليه لاستغنائه عن الاجل بموته فان لم يترك فاء رجوع الطالب على المحيل الى أجله لان
الاجل سقط حكما للحولة وقد انتقضت الحولة بموت المحتمل عليه فلسا فينتقض ما فى ضمنها وهو سقوط
الاجل كالباع المدون بدين مؤجل عبد من الطالب ثم استحق العبد اداء الاجل لان سقوط الاجل كان بحكم
البيع وقد انتقض كذا هنا (قوله ويكره السفاح) جمع سفحة بضم السين وفتح التاء وهو تعري بيب سفته
وهو الشئ المحكم سمي هذا القرض به لاحكام أمره وصورته أن يدفع فى بلدة الى مسافر قرضا لبدفعه الى
صديقه أو وكيله مثلافى بلدة أخرى ليستفيد به أمر خطر الطريق لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن قرض حز
نفعا رواه الخبر بن أبى أسامة فى مسنده عن حفص بن حزة أنبأنا سوار بن مصعب عن عبارة الهمداني
قال سمعت عليا رضى الله عنه يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل قرض حزنفا فهو ربا وهو مضعف
بسوار بن مصعب قال عبد الحق مبرول وكذا قال غيره ورواه أبو الجهم فى جزئه المعرف عن سوار أيضا
وأخرج ابن عدى فى الكامل عن جابر بن سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم السفحات حرام وأعله
بعمرو بن موسى بن وجيه ضعفة البخارى والنسائى وابن معين وذكره ابن الجوزى فى الموضوعات وأحسن

العين أو الدين الذى قيدت حوالته به عند موت المحيل من سائر الغرماء بل هو أسوة لهم والمرنن يكون أخص
بالرهن من سائر الغرماء عند موت الراهن (قوله بخلاف المطلقة) وهى أن يقول المديون لرب الدين أأحلتك
بالالف التى لك على هذا الرجل ولم يقل ليؤدى من المال الذى لى عليه أو العين الذى عنده من غصب أو
وديعة لانه لاتعلق لحقه أى لحق المحتمل به أى بذلك الدين الذى للحميل على المحتمل عليه أو بذلك العين الذى
عنده (قوله بل بذمته) أى بذمة المحتمل عليه وفى الذمة سعة فلا تبطل الحولة باخذ ما عليه أى من الدين أو
عنده من الغصب والوديعة (قوله وتكره السفاح) السفحة تعري بيب سفته وسفته شئ محكم وسمى هذا القرض
به لاحكام أمره وفى المغرب السفحة بضم السين وفتح التاء واحدة السفاح وصورتها أن يدفع الى تاجر مالا
قرضا لبدفعه الى صديقه وانما يدفع على سبيل القرض لا على سبيل الامانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق
وقيل هى أن يقرض انسانا ليقضيه المستقرض فى بلد يريد المقرض لبدفعه سقط خطر الطريق فان لم

(كتاب أدب القاضي)

وسلم عن قرض جرنه

ما هنا من الصعوبة والسلف ما رواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا خالد الأحمر عن حجاج عن عطاء قال كانوا يكرهون كل قرض جرنه وفي الفتاوى الصغرى وغيرها أن كان السفيج مشر وطا في القرض فهو حرام والقرض بهذا الشرط فاسد ولو لم يكن مشر وطا جاز وصورة الشرط ما في الوقعات رجل أقرض رجلا مالا على أن يكتب له به إلى بلد كذا فإنه لا يجوز وإن أقرضه بغير شرط وكتب جاز وكذا قال أكتب لي سفيجة إلى موضع كذا على أن أعطيك هنا فلا تفر فيه وفي كفاية البيهقي سفيج التجار مكرهة ثم قال الآن أقرض مطا ثم يكتب السفيجة فلا بأس به كذا روى عن ابن عباس رضي الله عنه أن أقرضه أنه لو قضاها بأحسن مما له عليه لا يكره إذا لم يكن مشر وطا قالوا نعم لا يحمل ذلك عند عدم الشرط إذا لم يكن فيه عرف ظاهر فإن كان يعرف أن ذلك يفعل لذلك فلا الذي يحكى عن أبي حنيفة أنه لم يعد في ظل جدار غربه فلا أصل له لأن ذلك لا يكون انتفاعا بملكه كيف ولم يكن مشر وطا ولا متعارفا وإنما أورد القدر في هذه المسئلة هنا لأنها معاملة في الدينون كالكفالة والحالة والله أعلم

(كتاب أدب القاضي)

لما كان أكثر المنازعات في الدين والبياعات والمنازعات محتاجة إلى قطعها أعقبتها بما هو القاطع لها وهو القضاء والادب الخصال الجيدة والقاضي محتاج إليها فادها وهو أن ذكر ما ينبغي للقاضي أن يفعله ويكون عليه وسميت الخصال الجيدة أدبا لأنها تدعو إلى الخير والادب في الأصل من الادب بسكون الدال هو الجمع والدعاء وهو أن تجمع الناس وتدعوهم إلى طعامك يقال منه أدب يزيد أدبا وبوزن ضرب يضرب ضربا إذا دعاك إلى طعامه فهو آداب والمادة الطعام المصنوع المدعو إليه ومنه قول طرفة بن العبد يدع قوم بني بكر بن وائل ورتوا السؤدد عن آباءهم * ثم سادوا سؤدا غير زمي نحن في المشتاة ندعو الجفلى * لا ترى الآداب فينا ينقر

ومنه ما ذكر أبو عبيد في قول ابن مسعود أن هذا القرآن مادة الله فمن دخل فيه فهو آمن وروى عنه أيضا مادة الله فتعلموا من مادته بفتح الدال أي تاديبه وكان الأجر يجعلها الغنم قال أبو عبيد لم أسمع أحدا يقول هذا غيره وأما القضاء فقال ابن قتيبة يستعمل المعان كلها ترجع إلى الختم والغرام من الأمر يعني بالكفاية والشرع براديه الإلزام ويقال له الحكم لافيه من منع الظالم عن الظلم من الحكمة التي تجعل في رأس الفرس وأما وصف القضاء ففرض كفاية فلا تمتنع الكل أنموه إذا كان السلطان لا يفضل بنفسه فإن فعل لم يأنموا كما في البرازية والسلطان أن يكره من يعلم قدرته عليه لأنه لا بد من إيصال الحقوق إلى أربابها بالإلزام المانع منها ولا يكون ذلك إلا بالقضاء وقد أمر الله تعالى به نبيه صلى الله عليه وسلم فقال تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله وقيله صلى الله عليه وسلم داود بقوله تعالى فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى وبعث صلى الله عليه وسلم عليا قاضيا على اليمن ومعاذوا قال له لم تغضى فقال بكتاب الله قال فان لم تجد قال بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم

تسكن المنفعة مشروطة ولا كان فيها عرف ظاهر فلا بأس به وهو في معنى الحولة لأنه أحال الخطر المتوقع على المستقرض ولذلك أوردته في آخر باب الحولة والله أعلم

(كتاب أدب القاضي)

القضاء عبارة عن الأحكام لغة قال * وعليها مسرودان قضاهما * وعن الإلزام شرعية وهو مشروع بالكتاب قال الله تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله والسنة فإنه عليه السلام قضى وولى عليا ومعازا والأجاع والمعتول ففي القضاء بالحق اظهار العدل وبه قامت السموات والأرض ودفع الظلم من الجاهل وهو مما يدعو إليه عقل كل عاقل وانصاف المظلوم والمهول وانتهى عن المنكر والأمر بالمعروف ولاجله بعث الرسل والأنبياء وكان عليه الخلق والعلماء

ثم قيل إنما أورد هذه المسئلة في هذا الموضع لأنها معاملة في الدينون كالكفالة والحالة فانتم أمعالمه أيضا في الدينون والله أعلم

(كتاب أدب القاضي)

(قوله ثم قيل) أقول القائل صاصب النهاية

(كتاب أدب القاضي)

قال في لطائف الاشارات في

كتاب الرجوع من شهادة

الكافي القاضي بتأخير

الحكم آثم وعزل وعزر

انتهى قال الامام السرخسي

في مبسوطه وان طمع

القاضي أن يصطاح الخصمان

فلا بأس بأن يرددهما ويؤخر

تنفيذ الحكم بينهما العلوما

أن يصطاح الحديث عمر رضى

الله تعالى عنه قال ردوا

الخصوم حتى يصطاحوا

فان فصل القضاء يورث

بين القوم الضغائن وفي

رواية ردوا الخصوم من

ذوي الارحام ولا ينبغي له

أن يرددهم أكثر من مرة أو

مرتين ان طمع في الصلح

لان في الزيادة على ذلك اضرارا

لصاحب الحق وان لم يطمع

في الصلح أنفذ القضاء بينهم

من قبل أن يرددهم فهو في

سعة من ذلك وليس بواجب

عليه ودهم وإنما الواجب

عليه ما قلده من العمل وهو

القضاء بالحق وقد أتى بذلك

لما كان أكثر المنازعات يقع في المبيعات والديون وغيرها مما يطعمها وهو قضاء القاضى والقاضى يحتاج الى خصال جيدة يصلح بها القضاء وهذا الكتاب لبيان ذلك والادب امر يقع على كل رياضة محمود لذلك يتخرج بها الانسان في فضله من الفضائل فله أوز يدور وأن يعرف بانه ملكة تعصم من قامت به عيبا يشبهه ولا شك أن القضاء بالحق من أقوى الفرائض وأشرف العبادات بعد الايمان بالله تعالى أمر الله به كل مرسل حتى خاتم الرسل محمد صلى الله عليه وسلم أجبرين قال الله تعالى انا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون وقال وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم قال (ولا تصع ولاية القاضى الخ) ثم لا تصع ولاية القاضى حتى يجتمع في المولى بلفظ اسم المفعول واختاره على المتولى بلفظ اسم الفاعل اشارة الى أن القاضى ينبغي أن يكون قاضيا بتولية غيره لا بطلبه (٣٥٧) التولية شرائط الشهادة من الاسلام والحرية والعقل والبلوغ ويكون أى المولى من أهل الاجتهاد أى المولى من أهل الاجتهاد أى المولى من أهل الاجتهاد أى المولى من أهل الاجتهاد

والحرية والعقل والبلوغ ويكون أى المولى من أهل الاجتهاد أى المولى من أهل الاجتهاد أى المولى من أهل الاجتهاد أى المولى من أهل الاجتهاد

قال (ولا تصع ولاية القاضى - حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من أهل الاجتهاد) أما الاول فلان حكم القضاء يستقي من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان أهلا للشهادة يكون أهلا للقضاء وما يشترط لأهلية الشهادة يشترط لأهلية القضاء وما ساق أهل القضاء حتى لو قلنا يصح الا عليه وسلم قال فان لم تجد قال أجتهد برأى فاقروا عليه اجماع المسلمين (قوله لا تصع ولاية القاضى حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من أهل الاجتهاد) هذا اللفظ القدورى وذكر المولى على لفظ المفعول للاشعار بانه ألقى عليه الفعل من غير مله منه كما هو الاولى (أما الاول) وهو أنه لا بد أن يكون من أهل الشهادة (فلان حكم القضاء يستقي من حكم الشهادة) يعنى كل من القضاء والشهادة يستقي من أمر واحد هو شروط الشهادة من الاسلام والبلوغ والعقل والحرية وكونه غير أعمى ولا محدودا في قذف واليكل فيه أن يكون عدلا غير غاملا بالسنة وطريق من كان قبله من القضاة (فرع) قلد بعد فتوى جاز أن يقضى بتلك الولاية من غير حاجة الى تجديد كل ما يحمل الشهادة حال الرق ثم عتق كذا في الخلاصة في أول كتاب القضاء وذكر بعد ورقة لو قلد قضاء مصر أصبى فادرك ليس له أن يقضى بذلك الامر ولو قلد كافر القضاء فاسلم قال محمد هو على قضائه ولا يحتاج الى تولية ثانية فصار الكافر كالعبد والفرق ان كلامهما له ولاية وبه مانع وبالعق والاسلام يرتفع أما الصبي فلا ولاية أصلا وما في الفصول لو قال لصبي أو كافر إذا أدركت فصل بالناس أو أقض بينهم جاز لا يخالف ما ذكر في الصبي لان هذا تعليق الولاية بقا معلق معدوم قبل الشرط وما تقدم تخير واذا لم تصع ولاية الصبي قاضيا لا يصح سلطانا في زماننا من تولية ابن صغير للسلطان اذا مات فقد سئل في فتاوى النسفي وصرح بعدم ولا يشترط أن يكون الاتفاق على ول عظيم بصير سلطانا وتقليد القضاء منه غير انه بعد نفسه تبع لابن السلطان تعظيما وهو السلطان في الحقيقة انتهى ومقتضى هذا أنه يحتاج الى تجديد بعد بلوغه وهذا لا يكون الا ان عزل ذلك الوالى العظيم نفسه من السلطنة وذلك أن السلطان لا ينزل الا بعزله نفسه وهذا غير واقع وأما المذكورة فليست بشرط الا للقضاة في الحدود والدماء فتعفى المرافة في كل شيء الا فيهما وقد اختلف في قضاء الفاسق فأكثرا لا على انه لا تصع ولا يشترط كالتأخي وغيره كالأقبل شهادته وعن علمنا الثلاثة في النواذر مثله لكن الغزالي قال اجتماع هذه الشروط من العدالة والاجتهاد وغيرهما معذور في عصرنا خلوا العصر عن المجتهد والعدل فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة وان كان جاهلا فاسقا وهو ظاهر المذهب عندنا فلو قلد الجاهل الفاسق صح ويحكم بفتوى

(قوله لما كان أكثر المنازعات الخ) أقول ما ذكره يقتضى ارادة عقيب كتاب الدعوى وأيضا كان ينبغي أن يبين وجه التأخير عن الكتاب الذى قبله على ما هو أدبهم (قوله قال الله تعالى انا أنزلنا التوراة الخ) أقول ليس في الآية دلالة على أمر الله تعالى كل مرسل به قال المصنف (حتى يجتمع في المولى) أقول قال في الكفاية المولى على صيغة اسم المفعول ليكون فيه دلالة على تولية الغير أياه بدون طلبه وهو الاول للقاضى

(قوله حتى يجتمع في المولى) على لفظ اسم المفعول ليسكون فيه دلالة على تولية غيره أياه بدون طلبه وهو الاول للقاضى على ما يجب ان شاء الله تعالى (قوله فلان حكم القضاء يستقي من حكم الشهادة) أى يستقي من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية لان الولاية تنفذ القول على الغير شاء الغير وأيضا فالشهادة

على ما يجب ان شاء الله تعالى انتهى وفي وجه الدلالة فوج خفاء فانه يطلق عليه المولى وان طلبه (قوله لا يطلبه التولية) أقول كما يدل عليه صيغة الفعل فاما للتكليف الذى يستلزم الطلب (قوله شرائط الشهادة) أقول أى شرائط أداء الشهادة على المسلمين وقوله شرائط فاعل لقوله يجتمع الذى تقدم في قوله حتى يجتمع في المولى (قوله لان كل واحد الخ) أقول في دلالة على الصغرى كلام يندفع عا في النهاية من اعتبار الاشهرية فان في النهاية هذا من قبيل بيان حكم المرجع أى مرجعها الى أصل واحد وهو أن يكون القاضى حرا مسلما بالغاملا عدلا كما في الشهادة لأن يكون حكم القضاء مبني على حكم الشهادة لكن أوصاف الشهادة أشهر عند الناس يعرف أوصاف القضاء بأوصاف الشهادة هذا الطريق لذلك ولان أصل الولاية يثبت بأهلية الشهادة كمال الولاية بالقضاء وكما الشئ لا يكون بدون أصله فيصلح أن يكون

الشهادة لان ولاية القضاء كانت أهم أو أكمل من ولاية الشهادة أو مرتبة عليها كانت أولى بأشراطها ورعا التوج المصنف بقوله فيستقي
استعارة للاستفادة الى ذلك وعلى هذا كل من كان أهلا للشهادة كان أهلا للقضاء وبالعكس فالفاسق أهل للقضاء لاهليته للشهادة حتى لو قل
جاز الا أنه لا ينبغي أن يقلد لانه لا يؤمن في أمر الدين لقلة مبالاة فيه كافي حكم الشهادة فانه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا بناء
على أن العدة ليست من شرائط الشهادة فنار الى أهل ذلك العصر الذي شهد لهم صلى الله عليه وسلم بالخيرية والى ظاهر حال المسلم في
غيرهم ولو كان عدلا ففسق بأخذ الرشوة بضم الراء وكدها وهي معروفة أو غير هام مثل الزنا وشرب الخمر لا ينعزل اذ لم يشترط العزل عند
التقليد بتعاطي المحرم ويستحق (٣٥٨) العزل فيعزله من له الامر وهذا يقتضي نفوذا أحكامه فيما ارتشى فيه وفي غيره مالم يعزل واليه

أشار الامام البرزوي وقوله
وهذا اشارة الى أن استحقاق
العزل دون العزل وهو
ظاهر المذهب وروى عن
الكرخي أنه ينعزل بالفسق
وهو اختيار الطحاوي
وعلى الرازي صاحب أبي
يوسف ويجوز أن يكون
أشارة الى ذلك والى ما تقدم
من جواز تقليد الفاسق
القضاء فان اختيار الطحاوي
أن الفاسق اذا قلد القضاء
لا يصير قاضيا
أهلية الشهادة أصلا
لاهلية القضاء به سدا وان
الشهادة توجد بدون وصف
القضاء ولا يوجد وصف
القضاء بدون وصف الشهادة
فكانت ولاية القضاء فرع
الشهادة من هذا الوجه
فيصح هذا الكلام انتهى
(قوله لان ولاية القضاء
الح) أقول هذا الدليل
لا يثبت الكبرى السكينة
(قوله أو أكمل من ولاية
الشهادة) أقول اذ به يقطع
النزاع (قوله أو مرتبة عليها
كانت أولى الخ) أقول في
ثبوت الاولوية في صورة
الترتيب بحث كما لا يخفى
لا يقال ان القضاء بالشهادة لما كان مشروطا بما يكون شرط الشهادة بشرطها بالاطريق الاولى لكونه مشروطا بذلك الشرط وقال
لانه مغالطة كما لا يخفى (قوله ولو قبل جاز الى قوله في غيرهم) أقول فيه ان ما ذكره لا يدل على أن العدة ليست من شرائط الشهادة بل على
عكس ذلك فتأمل نعم يدل عن عدم اشتراط التعديل ولا يفيد لكن المراد العدة الظاهرة المعروفة فتأمل فانه لا يصح أن يكون ما ذكره مبني
لجواز قبول شهادة الفاسق (قوله وهذا يقتضي نفوذا أحكامه الخ) أقول مسلم كما لا يخفى فان قضاءه فيما ارتشى في نفسه والقضاء عمل لله فلا
يكون ما فعله قضاء (قوله وهذا اشارة الى أن استحقاق الخ) أقول الظاهر اسقاط أن في قوله الى الخ ثم أقول وعلى الاول تدل عبارة الكافي
حيث قال ولو كان القاضي عدلا ففسق بأخذ الرشوة أو غيره لا ينعزل ويستحق العزل في ظاهر الرواية انتهى (قوله ويجوز أن يكون اشارة

أشار الامام البرزوي وقوله
وهذا اشارة الى أن استحقاق
العزل دون العزل وهو
ظاهر المذهب وروى عن
الكرخي أنه ينعزل بالفسق
وهو اختيار الطحاوي
وعلى الرازي صاحب أبي
يوسف ويجوز أن يكون
أشارة الى ذلك والى ما تقدم
من جواز تقليد الفاسق
القضاء فان اختيار الطحاوي
أن الفاسق اذا قلد القضاء
لا يصير قاضيا

أهلية الشهادة أصلا
لاهلية القضاء به سدا وان
الشهادة توجد بدون وصف
القضاء ولا يوجد وصف
القضاء بدون وصف الشهادة
فكانت ولاية القضاء فرع
الشهادة من هذا الوجه
فيصح هذا الكلام انتهى
(قوله لان ولاية القضاء
الح) أقول هذا الدليل
لا يثبت الكبرى السكينة
(قوله أو أكمل من ولاية
الشهادة) أقول اذ به يقطع
النزاع (قوله أو مرتبة عليها
كانت أولى الخ) أقول في
ثبوت الاولوية في صورة
الترتيب بحث كما لا يخفى

لا يقال ان القضاء بالشهادة لما كان مشروطا بما يكون شرط الشهادة بشرطها بالاطريق الاولى لكونه مشروطا بذلك الشرط وقال
لانه مغالطة كما لا يخفى (قوله ولو قبل جاز الى قوله في غيرهم) أقول فيه ان ما ذكره لا يدل على أن العدة ليست من شرائط الشهادة بل على
عكس ذلك فتأمل نعم يدل عن عدم اشتراط التعديل ولا يفيد لكن المراد العدة الظاهرة المعروفة فتأمل فانه لا يصح أن يكون ما ذكره مبني
لجواز قبول شهادة الفاسق (قوله وهذا يقتضي نفوذا أحكامه الخ) أقول مسلم كما لا يخفى فان قضاءه فيما ارتشى في نفسه والقضاء عمل لله فلا
يكون ما فعله قضاء (قوله وهذا اشارة الى أن استحقاق الخ) أقول الظاهر اسقاط أن في قوله الى الخ ثم أقول وعلى الاول تدل عبارة الكافي
حيث قال ولو كان القاضي عدلا ففسق بأخذ الرشوة أو غيره لا ينعزل ويستحق العزل في ظاهر الرواية انتهى (قوله ويجوز أن يكون اشارة

والاول اظهر راقوله (وعن علمائنا الثلاثة رحمهم الله في النوادر انه لا يجوز قضاؤه وهو قول الشافعي فانه لا يجوز قضاؤه عنده كالا تقبل شهادته عنده) وقيل هذا بناء على أن الإيمان يزيد وينقص فان الإجماع من الإجماع فافسق فقد انتقص إيمانه) وقال بعض المشايخ انه اذا قلد الفاسق يصح ولو قلده هو عدل ففسق ينزل به لان المقلد اعتمد عدالة الله في تقليده فلا يكون راضيا بتقليده دونها) فكان التقليد مشروطا ببقاء العدالة فينتفي بانتفاها واعترض بان قول الفقهاء البقاء سهل من الابتداء ينافي جواز التقليد مع الفسق ابتداء والعزل بالفسق الطارئ والاول ثابت لانه من مسلمات هذا الفن يبنى عليه أحكام كثيرة كبقاء النكاح بلا شهود وامتناعه ابتداء بدونه وجواز الشروع في الهبة بقاء لا ابتداء فينتفي الثاني وهو ثبوت القضاء بالفسق ابتداء والعزل بالفسق الطارئ والجواب يؤخذ من الدليل المذكور وهو أن التقليد كان معلقا بالشرط فان تعليق القضاء والامارة بالشرط جائز بدليل ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث جيشا وأمر عليهم زيد بن حارثة ثم قال ان قتل زيد يغفر أميركم وان قتل جعفر يغفر أميركم والله بن رواحة أميركم وكذلك تعليق (٣٥٩) عزل القاضي بالشرط جائز ذكره في باب موت الخليفة ثم

شرح أدب القاضي والمعلق بالشرط ينتفي بانتفاها والفرق بين القضاء والامارة والامارة في أن الامام أو الأمير اذا كان عدلا وقت التقليد ثم فسق لا يخرج عن الامامة والامارة أن مبسب الامارة على السلطنة والقهر والغلبة ألا ترى ان من الامراء قد غلب وجار وأجازوا أحكاما بالصواب تقلدوا الاعمال منه وصلوا خلفه وأما مبسب القضاء فانه على العدالة والامانة واذا بطلت العدالة بطل القضاء ضرورة (والفاسق هل يصلح مفتيا قيل لا لانه من أمور الدين والفاسق لا يؤتمن عليها وقيل يصلح لانه يخاف أن ينسب الى الخطأ فلا يترك الصواب وأما الثاني) يعني اشتراط الاجتهاد للقضاء فان لفظ

وقال الشافعي رحمه الله الفاسق لا يجوز قضاؤه كالا تقبل شهادته عنده وعن علمائنا الثلاثة رحمهم الله في النوادر أنه لا يجوز قضاؤه وقال بعض المشايخ رحمهم الله اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلده هو عدل ينزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالة الله فلم يكن راضيا بتقليده دونها وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لانه من أمور الدين وخبره غير مقبول في البيانات وقيل يصلح لانه يجتهد كل الجهد في اصابة الحق حذارا للنسبة الى الخطأ وأما الثاني فالصحيح أن أهلية الاجتهاد شرط الاولية فاما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وهو يقول يقضي ثم يرتضى وفيه لو أخذ انزوة ثم بعث الى شافعي ليقضي لا ينفذ قضاء الثاني لان الاول عمل في هذا لنفسه حين أخذ انزوة وان كان كتب الى الثاني ليسمع الخصومة وأخذ مثل أجرة الكتاب مع المكتوب اليه والذي قلده بواسطة الشفعة كالذي قلده احتسابا في أنه ينفذ قضاؤه وان كان لا يحل طلب الولاية بالشفعة الثالث أخذ المال ليسوي أمره عند السلطان دفعا للضرر وأرسل للنفق وهو حرام على إلا نخذ لا الدافع وحيلة حلها للادخلة أن يستأجره يوما الى الليل أو يومين فتصير منافعه مملوكة ثم يستعمله في الذهاب الى السلطان للامر القلاني وفي الاقضية قسم الهدية وتجعل هذا من أقسامها فقال حلال من الجانبين كالا هدايا للتودد وحرام من الجانبين كالا هدايا ليعينه على الظلم حلال من جانب المهدى حرام على إلا أخذ هو أن يهدى ليكف عنه الظلم والحيلة أن يستأجره الخ قال هذا اذا كان فيه شرط أما اذا كان الاهداء بلا شرط ولكن يعلم يقينا أنه انما يهدى اليه ليعينه عند السلطان فشاينا على أنه لا بأس به ولو قضى حاجته بلا شرط ولا طمع فاهدى اليه بعد ذلك فهو حلال لا بأس به وما نقل عن ابن مسعود من كراهته فورع الرابع ما يدفع لدفع الخوف من المدفوع اليه على نفسه وماله حلال للدافع حرام على إلا نخذ لان دفع الضرر عن المسلم واجب ولا يجوز اخذ المال ليعمل الواجب (وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لانه من أمور الدين) وقد ظهرت خيانتة للدين (وقيل يستفتي لانه يجتهد كل الجهد حذارا أن ينسبه فقهاء عصره الى الخطأ وأما الثاني) وهو اشتراط أهلية الاجتهاد (فالصحيح أنها ليست شرط للولاية بل الاولوية فاما تقليد الجاهل فصحيح عندنا) ويحكم بقضوي غيره (خلافا للشافعي ومالك وأحمد وقوله رواية عن علمائنا من محمد في الاصل أن المقلد لا يجوز أن يكون قاضيا ولكن لها ألا ترى انه بنى عليها) قوله ولو قلده هو عدل ينزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالة الله) فيتقيد التقليد

الندوي يدل على أنه شرط صحة التولية لوقوعه في سياق لا يصح ونذكر محمد في الاصل أن المقلد لا يجوز أن يكون قاضيا لكن الصحيح أن أهلية الاجتهاد شرط الاولوية) قال الخصاص القاضي يقضي باجتهاد نفسه اذا كان له رأي فان لم يكن له رأي وسأل فقها أخذ بقوله (قوله فاما تقليد الجاهل فصحيح عندنا) يحتمل أن يكون مراده بالجاهل المقلد لانه ذكره في مقابلة المجتهد وسماها جاهلا بالنسبة الى المجتهد وهو المناسب لسياق الكلام ويحتمل أن يكون المراد به من لا يحفظ شيئا من أقوال الفقهاء وهو المناسب لسياق الكلام وهو (قوله خلافا للشافعي) فانه علل له الى ذلك) أقول بتأويل ما ذكر (قوله والاول اظهر راقوله الخ) أقول وفيه تأمل لخفاء دلالة ذكره على الاظهرية (قوله وقيل هذا بناء الخ) أقول فيه بحث (قوله والاول ثابت) أقول يعني قوله البقاء سهل (قوله وامتناع الخ) أقول يعني امتناع النكاح لاشهود (قوله وجواز الشروع في الهبة الخ) أقول كما اذار جيع الواهب في البعض الشائع وأستحق البعض الشائع (قوله وأما مبسب القضاء الخ) أقول اذا كان عدلا وقت التقليد (قوله ويحتمل أن يكون المراد به من لا يحفظ شيئا الخ) أقول فيه بحث فان مقتضى التشبيه بالخبري أن يراد بالجاهل غير المجتهد لامن لا يحفظ شيئا من أقوال الفقهاء.

ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم ولنا انه يمكنه أن يقضى بفتوى غيره ومقصود القضاء يحصل به وهو اصال الحق الى مستحقه

المختار وخلافه قول القضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم فلنا يمكنه القضاء بفتوى غيره (ومقصود القضاء وهو اصال الحق الى مستحقه) ورفع الظلم (بحصل به) فاشترطه ضائع والمراد بالعلم ليس ما يقطع بصوابه بل ما يظنه المجتهد فانه لا قطع في مسائل الغشقة وإذا قضى بقول مجتهد فيه فقد قضى بذلك العلم وهو المطلوب وكون معاذ قال أجهتد رأي لا يلزمه اشتراطه وانما لم يذكر معاذ الاجماع لانه لم يكن حجة في زعمه صلى الله عليه وسلم وقد قدمنا أيضا عن الغزالي في توجيهه خلافا في هذا الزمان وفي بعض نسخ الهداية الاستدلال على تقليد المقلد بتقليد النبي صلى الله عليه وسلم عليه السلام ولم يكن مجتهدا فليس بشئ فانه عليه الصلاة والسلام دعا له بان يهدي الله قلبه ويثبت لسانه فان كان بهذا الدعاء رزق أهلية الاجتهاد فلا إشكال والا فقد حصل له المقصود من الاجتهاد وهو العلم والسداد وهذا غير ثابت في غيره وسند كرسه حديث علي رضي الله عنه وعلم أن ما ذكر في القاضي ذكر في المفتي فلا يخفى الاجتهاد وقد استقر رأي الأصوليين على أن المفتي هو المجتهد وأما غير المجتهد - مدعي يحفظ أقوال المجتهد فليس بمفتي والواجب عليه إذا سئل أن يذكر قول المجتهد كالمجتهد عليه على جهة الحكاية فعرف أن ما يكون في زماننا من فتوى الموجد ليس بفتوى بل هو نقل كلام المفتي لئلا يذهب المستفتي وطريق نقله كذلك عن المجتهد أحد أمرين إما أن يكون له فيه سند اليه أو يأخذه من كتاب معروف تداولته الأيدي نحو كتب محمد بن الحسن ونحوها من التصانيف المشهورة لا مجتهدين لانه بمنزلة الخبر المتواتر عنهم أو المشهور وهكذا ذكر الرازي فعلى هذا ولو وجدنا بعض نسخ النواذر في زماننا لا يحل عز وما فيها الى محمد والى أبي يوسف لانهم لا تشتر في عصرنا في ديارنا ولم تتداول نعم إذا وجد النقل عن النواذر مثلاً في كتاب مشهور ومعروف كالمهدي والمبسوط كان ذلك نوعاً لا على ذلك الكتاب فلو كان حافظاً للاقاويل المختلفة للمجتهدين ولا يعرف المجتهد ولا قدرته على الاجتهاد لا لير جميع لا يقطع بقول منها يقتضيه بل يحكمهم للمستفتي فيخار المستفتي ما يقع في قلبه انه الاصول ذكره في بعض الجوامع وعندي انه لا يجب عليه حكاية كلامه بل يكفي أن يحكي قولاً منها فان المقلد له أن يقلد أي مجتهد شاء فإذا كرر أحدها فقد حصل المقصود نعم لا يقطع عليه فيقول جواب مسئلتك كذا بل يقول قال أبو حنيفة حكم هذا كذا نعم لو حكي الكل فلا خذ بما يقع في قلبه انه الاصول أولى والعامي لا عبرة بما يقع في قلبه من صواب الحكم ونحوه وعلى هذا إذا استفتى فقيهين أعني مجتهدين فاختلفا عليه الاولي أن يأخذ بما قيل اليه قلبه منهم او عندي أنه لو أخذ بقول الذي لا يعمل اليه قلبه جاز لان ماله وعدمه سواء والواجب عليه تقليد مجتهد وقد فعل أصاب ذلك المجتهد وأخطأ وقالوا المنتقل من مذهب الى مذهب آخر باجتهاد وبرهان آثم يستوجب التعزير برفل الاجتهاد وبرهان أولى ولا بد أن يراد بهذا الاجتهاد معنى التحري وتحكيم القلب لان العامي ليس له اجتهاد ثم حقيقة الانتقال إنما تتحقق في حكم مسألة خاصة قلديها وعمل به والا فقلدت أبا حنيفة فيما أفتى من المسائل مثلاً والترمت العمل به على الاجمال وهو لا يعرف صورها ليس حقيقة التقليد بل هذا حقيقة تعليق التقليد أو وعده به لانه التزم أن يعمل بقول أبي حنيفة فيما يقع له من المسائل التي تنهين في الوقائع فان أرادوا هذا الالتزام فلا دليل على وجوب اتباع المجتهد المعين بالزامه نفسه ذلك قولاً أو نية شرعاً بل الدليل اقتضى العمل بقول المجتهد فيما احتج اليه لقوله تعالى فاستلوا أهل الذكركم لا تعملون والسؤال إنما يتحقق عند طلب حكم الحادثة المعينة وتحيث إذا ثبت عنده قول المجتهد وجب عليه عمله به والغالب أن مثل هذه الزمان منهم لكف الناس عن تتبع الرخص والأخذ العامي في كل مسألة بقول مجتهد بحال عدالتهم فصار كأنه علق بقاء قضاء القاضي بحال عدالته فلما فسق لم يبق التقليد لا تقاع العدالة وكما يصح تعليق القضاء والامارة بالشرطان بقول السلطان لرجل إذا قدمت بلدة كذا فانت قاضياً أو

يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم (ولم يقل دون الاجتهاد وشبهه بالتحري فان الانسان لا يصل الى المقصود لتحري غيره بالاتفاق فلو صلى تحري غيره لم يعتبر ذلك والاول هو الظاهر (ولنا أنه يمكنه أن يقضى بفتوى غيره لان المقصود من القضاء هو أن يصل الحق الى المستحق) وذلك كما يحصل باجتهاد نفسه يحصل من المقلد إذا قضى بفتوى غيره ويؤيده ما ذكره أحمد بن حنبل رحمه الله في مسنده عن علي رضي الله عنه قال أنفذني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن وأنا حديث السن فقلت تنفذني الى قوم يكون بينهم أحداث ولا علم لي بالقضاء فقال ان الله تعالى سيهدي لسانك ويثبت قلبك فما شككت في قضاء بين اثنين بعد ذلك فانه يدل على أن الاجتهاد ليس بشرط الجواز لان علياً حينئذ لم يكن من أهل الاجتهاد

(قوله ولا قدرة دون العلم ولم يقل دون الاجتهاد) أقول لعل المراد بالعلم هو العلم المعهود أعني العلم بالاحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية بقرينة المقام قوله وشبهه بالتحري) أقول يعني شبه المصنف على ما وجد في بعض النسخ بعد قوله دون العلم

فصار كالتحري فانه لا يصل بفتوى غيره (قوله فانه يدل على أن الاجتهاد الخ) أقول الكلام في صحة ولاية المستفتي على الجهل وينبغي

وينبغي للمقلد أن يختار من هو الأقدر والأولى لقوله عليه الصلاة والسلام من قلدا انسانا في رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجاعة المسلمين وفي حد الاجتهاد كلام عرف في أصول الفقه وحاصله أن يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار وأصحاب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل أن يكون مع ذلك صاحب فريضة يعرف بها عادات الناس لأن من الأحكام ما يبتنى عليها

قوله أخف عليه وألا أدري ما يمنع هذا من النقل أو العقل وكون الانسان يتبع ما هو أخف على نفسه من قول مجتهد مسوغ له الاجتهاد ما علمت من الشرع ذمه عليه وكان صلى الله عليه وسلم يحب ما خفف عن أمته والله سبحانه أعلم بالصواب (قوله وينبغي للمقلد) وهو من له ولاية التقليد (أن يختار من هو أقدر وأولى) لدنياته وعفته وقوته دون غيره ورزقه من بيت المال ولا بأس للقاضي أن يأخذ من كان غنيا مئرا وان احتسب فهو أفضل والأصل فيه قوله تعالى في مال اليتيم اذا عمل فيه الوصي ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل كل بالمعروف وذكر عن عمر رضي الله عنه أنه كان يرزق سليمان بن ربيعة الباهلي على القضاء كل شهر خمسمائة درهم لأنه فرغ نفسه للعمل للمسلمين فكانت كفايته وعياله عليهم قالوا كان عمر رضي الله عنه يرزق شريحا كل شهر مائة درهم ورزقه على خمسمائة وذلك لغيره في رزقه من عمر رضي الله عنه أو رخص السعرة وكثرة عياله في رزقه من عمر رضي الله عنه أو غلاء السعر فزق القاضي لا يقدر بشي لأنه ليس بأجولاه لا يعمل على القضاء وانما يختار الأولى لقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه الحارث بن عبد الله عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من استعمل رجلا على عصابة وفي تلك العصابة من هو أروى لله منه فقد خان الله ورسوله وجاعة المسلمين وقال صحيح الاسناد وتعب يحسن بن قيس فانه ضعيف وضعفه العيني وقال انما يعرف هذا من كلام عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأخرجه الطبراني من غير طريق حسين هذا عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من نولي من أمر المسلمين شيئا فاستعمل عليهم رجلا وهو يعلم أن فيهم من هو أولى بذلك وأعلم منه بكاتب الله وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد خان الله ورسوله وجاعة المسلمين وروى أبو يعلى الموصلي في مسنده عن حذيفة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال أعمار جل استعمل رجلا على عشرة أنفس وعلم أن في العشرة من هو أفضل منه فقد غش الله ورسوله وجاعة المسلمين والذي له ولاية التقليد الخليفة والسلطان الذي نصبه الخليفة وأطلق له التصرف وكذا الذي ولاه السلطان ناحية وجعل له خراجها وأطلق له التصرف فان له ان يولي ويعزل كذا قالوا ولا بد من أن لا يصرح له بالمنع أو يعلم ذلك بعرفهم فان نائب الشام وحلب في ديارنا يطلق لهم التصرّف في الرعية والخراج ولا يولون القضاء ولا يعزلون ولو ولي حكم المولى ثم جاء بكاتب السلطان لا يكون ذلك امضاء للقضاء والحرية شرط في السلطان وفي التقليد بالاصالة لا بطريق النيابة فان السلطان اذا أمر عبده على ناحية وأمره أن ينصب القاضي جاز فان نصبه كمنصب السلطان بنفسه (قوله وفي حد الاجتهاد كلام عرف في أصول الفقه وحاصل ذلك) الكلام (أن يكون صاحب حديث له معرفة في الفقه ليعرف معاني الآثار وأصحاب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه) والفرق بين القولين ان على الاول نسبته الى معرفة

يقول لربل اذا ثبت مكه فانت أيرالموسم فكذلك يصح أيضا تعليق عزل القاضي بالشرط (قوله وفي حد الاجتهاد كلام) وأصح ما قيل فيه أن يكون قد حوى علم الكتاب ووجوه معانيه وعلم السنة بطرقها ومتونها ووجوه معانيها وأن يكون مصيبا في القياس عالما بعرف الناس (قوله وحاصله أن يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه) أي منسوب الى علم الحديث لزادة علمه ودرسه فيه ولكن له فقه أيضا وليس هو بقدر علمه بالحديث أو صاحب فقه له معرفة بالحديث أي منسوب الى الفقه ولكن له علم بالحديث أيضا وليس هو بقدر علمه بالفقه (قوله لان من الأحكام ما يبتنى عليها) أي على عادات الناس كالاستنعاغ بجوز عرفا وتبرئ به

(ثم ينبغي للمقلد أن يختار الأقدر والأولى لقوله صلى الله عليه وسلم من قلدا انسانا عملا وفي رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجاعة المسلمين) وهو حديث ثبت بنقل العدول فلا يلتفت الى ما قيل انه خارج عن المدونات فانه طعن بلا دليل فلا يقلد المقلد عند وجود المجتهد العدول (قوله وفي حد الاجتهاد) اشارة الى معنى الاجتهاد اجمالا فان بيانه تفصيلا موضعه أصول الفقه وقد ذكرناه في التقرير مفصلا (وحاصل ذلك أن يكون المجتهد صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار وأصحاب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه) وانفسق بين العبارتين نبر (وقيل أن يكون مع ذلك أي مع ما ذكرنا من أحد الأمرين (صاحب فريضة) أي طمعية جيدة خالصة من التشكيكات (قوله فلا يلتفت الى ما قيل الخ) أول وقد مر في باب الاحرام من كتاب الحج (قوله وحاصل ذلك أن يكون الخ) أقول قوله له خبر ويجوز أن يكون حالا وأن يكون صفة بل هو أولى

المذكورة ينتقل من المطالب الى المبادئ ومنها الى المطالب بسرعة يترتب المطلوب على ما يصلح أن يكون سبباً له من عرف أو عادة فان من الاحكام ما يبنى عليها الخلق لقياس كدخول الجسم وتعاطي العجين وغير ذلك قال (ولا باس بالدخول في القضاء الخ) ولا باس بالدخول في القضاء الخ يثق بنفسه أنه اذا قولا قام بما هو فرضه وهو الحق لان القضاء بالحق فرض أمر به الانبياء قال الله تعالى يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق وقال لنبينا صلى الله عليه وسلم انا أنزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس فمن وثق بنفسه أنه يؤدي هذا الفرض فلا باس بالدخول فيه لان الصحابة رضوا الله عنهم تغلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه أمراً بالمعروف ونهي عن المنكر (٣٦٢)

واعترض بان الدخول في فرض الكفاية ان لم يكن واجبا فلا أقل من الندب كما في صلاة الجنائز وغيرها وأجيب بانه كذلك الآن فيه خطر الوقوع في المخطور فكان به باس قال (ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عن الخ) من خاف العجز عن أداء فرض القضاء ولا باس على نفسه الخفيف وهو الجور فيه كره له الدخول فيه كي لا يصير الدخول فيه شرطا لمباشرة القبيح أي وسيلة الى مباشرة القبيح وهو الخفيف في القضاء وانما عسر بلفظ الشرط لان أكثر ما يقع من الخفيف انما هو بالميل الى حطام الدنيا بانخذ الرشا وفي الغالب يكون ذلك مشروطا بمقدار معين مثل أن يقول لي على فلان أوله على مطالبة بكذا فان قضيت فلان كذا وكره بعض العلماء أو بعض السلف الدخول فيه فاختاروا سواء وثقوا بانفسهم أو خافوا عليها وفسر الكراهة ههنا بعدم الجواز قال الصدر الشهيد في أدب القاضي ومنهم من قال لا يجوز

قال (ولا باس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أن يؤدي فرضه) لان الصحابة رضوا الله عنهم تغلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه أمراً بالمعروف قال (ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عن الخ) من خاف العجز عن أداء فرض القضاء ولا باس على نفسه الخفيف (في) كي لا يصير شرطا لمباشرة القبيح وكره بعضهم الدخول فيه مختاراً القول عليه الصلاة والسلام من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكين الحديث أكثر من معرفته بالغة وفي الثاني عكسه ثم ان المصنف رتب على الاول كونه حينئذ يعرف معاني الآثار والمراد بمعاني الآثار المعاني التي هي مناطات الاحكام الدالة عليها ألفاظ الحديث وعلى الثاني سلامته من القياس مع معارضة النص وقد وقع التصریح بانهم ما قولان ولا شك في ذلك لانهم متضادان لان كونه أدري بالحديث من الفقه يضاد كونه أدري بالفقه من الحديث وأنت تعلم أن المجتهد يحتاج الى الأمرين جميعا وهو تحرزه من القياس في معارضة النص ومعرفته معاني الآثار لا يمكن من القياس فالوجه أن يقال صاحب حديث وفقه ليعرف معاني الآثار ويمنع عن القياس بخلاف النص والحاصل أن يعلم الكتاب والسنة باقسامهما من عبارته ما وشارته ما ودلالته ما واقضائهما ما وباقي الاقسام ما خفها ومنهوخها ومناطات أحكامها وشروط القياس والمسائل المجمع عليها الثلاث يقع في القياس في مقابلة الاجماع وأقوال الصحابة لانه قد يقدمه على القياس فلا يقبس في معارضة قول الصحابي ويعلم عرف الناس وهذا قوله (وقيل أن يكون صاحب قريحة الخ) فهذا القيل لا بد منه في المجتهد فنأتنق هذه الجلة فهو أهل للاجتهاد فيجب عليه أن يعمل باجتهاده وهو أن يبذل جهده في طلب الظن بحكم شرعي عن هذه الأدلة ولا يقلد أحدا (قوله ولا باس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أن يؤدي فرضه لان الصحابة رضوا الله عليهم تغلدوا ولانه فرض كفاية لكونه أمراً بالمعروف) أما ان الصحابة تغلدوا والحديث معاذ معروف وكذا على رضي الله عنهم حال رواية أبي داود

القياس (قوله لانه فرض كفاية) لكونه أمراً بالمعروف فان قيل لو كان فرض كفاية كان الدخول فيه مندوباً بالمات أدنى درجات فرض الكفاية لندب كما في صلاة الجنائز ونحوها قلنا نعم كذلك الآن فيه خطراً عظيماً وأما خوفه فلا يسلم في بحره كل ساجح ولا ينجم منه كل طامع الا من ربه الله تعالى وهو عزير وجوده وعن هذا اختار كثير من السلف التعذيب بالبيع ولم يختره الا ترى أن أبا حنيفة رحمه الله دعى الى القضاء ثلاث مرات فاب حتى ضرب في كل مرة ثلاثين سوطاً فلما كان في المرة الثالثة قال حتى استشير أصحابي فاستشار أبا يوسف رحمه الله فقال أبو يوسف رحمه الله لو تغلدت لنفعت الناس ونظرت اليه أبو حنيفة رحمه الله نظر الغضب وقال رأيت لو أمرت أن أعبر البحر سباحة كنت أقدر عليه وكأني بك قاضياً وكذا دعى بمحدره الله الى القضاء فابى حتى قيد وحبس واضطر تغلد (قوله كي لا يصير شرطا) أي كي لا يصير الدخول في القضاء شرطا لمباشرة القبيح لانه قبل القضاء لا يمكن من اجراء الظلم على غيره أو ارتكاب قبيح آخر لعجزه وخوفه فلما سأل القضاء فقد تمكن من ذلك اقدرته وولايته فيصير الدخول في القضاء شرطا لارتكابه (قوله وكأني ذبح بغير سكين) رواه أبو هريرة رضي الله عنه وذكر الصدر الشهيد وجه تشبيه القضاء بالذبح بغير سكين فقال لان

(قوله من عرف أو عادة) أقول للتخفيف في التعبير (قوله وتعاطي العجين) أقول أي استقرضه فان القياس يابى جوازه والصحيح لعدم امكان معرفة المساواة فيه لعدم امكان معرفة ما دخل في كل منهما من الماء (قوله وقال لنبينا صلى الله عليه وسلم انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق) أقول سابق من الشارح في أول فصل التنقيح أن قول من قال كلمة لا باس استعمل فيما يكون تركه أولى ليس بجري على عومه (قوله كي لا يصير الدخول فيه شرطا أي وسيلة الى مباشرة القبيح) أقول فيه بحث فان شرطا لمباشرة القبيح على ما ذكره ليس بالدخول في القضاء فلا يطابق المشرع ولا يبعد أن يدعى كون الدخول شرطا لصديق نعيقة عليه فتمام

الدخول فيه الا مكره الا ترى ان ابا حنيفة ترجمه الله دعى الى القضاء ثلاث مرات فابى حتى ضرب في كل مرة ثلاثين سوطا فلما كان في المرة الثالثة قال حتى استشير ابي حنيفة فاستشار ابا يوسف رحمه الله فقال ابو يوسف لو تقلدت لانتع الناس فنظر اليه ابو حنيفة نظرا مغضب وقال ارايت لو امرت ان اعبر البحر سباحة كنت اقدر عليه وكافي بك فاضيا وكذا دعى بمحمد رحمه الله الى القضاء فابى حتى قيد وجلس فاضطرم تقلدوا استدل المصنف على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم من جعل على القضاء فساكنا ذبح بغير سكين رواه ابو هريرة رضي الله عنه وذكر المصنف الشهيد في أدب القاضي وجه تسميته القضاء بالذبح بغير سكين قال لان السكين تؤثر في الظاهر والباطن جميعا والذبح بغير سكين يؤثر في الباطن بازهاق الروح ولا يؤثر في الظاهر وبال القضاء لا يؤثر في الظاهر فان ظاهره جاءه وعظمته لكن في باطنه هلاك وكان شمس الائمة الحلواني رحمه الله يقول لا ينبغي لاحد ان يزدرى هذا اللفظ كي لا يصيبه ما اصاب ذلك القاضي فقد حكى ان قاضيا روى له (٣٦٣) هذا الحديث فاذا رواه وقال كيف يكون هذا ثم دعاني مجلسه

يكون هذا ثم دعاني مجلسه
بن يسوي شعره فجعل
الحلاق يحلق بعض الشعر
من تحت ذقنه اذ عطس
فاصابه الموسى وألقى رأسه
بين يديه ثم قال المصنف
(والصحيح ان الدخول فيه
رخصة طمعاني اقامة العدل)
روى الحسن عن ابي يوسف
ومحمد أنه اذا قلد من غير
مسئلة لباس به وقال (الترك
عزيمة لانه قد يخطئ ظنه)
فما اجتهد (ولا يوفق له)
اذا كان مجتهدا (ولا يعينه
عليه غيره ولا يضمن الاعانة)
ان كان غير مجتهد وقال
شمس الائمة السرخسي
في شرح أدب القاضي
للغصاف دخل في القضاء
قوم صالحون واجتنبه قوم
صالحون وترك الدخول فيه
أصلح وأسلم لدينه لانه يلتزم
أن يقضى بحق ولا يدرى
أي قدر على الوفاء به أولا وفي
ترك الدخول صيانة نفسه
وهذا اذا كان في البلد

والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعاني اقامة العدل والترك عزيمة فلهذا لم يخطئ ظنه ولا يوفق له أولا يعينه عليه غيره ولا يضمن الاعانة الا اذا كان هو أهلا للقضاء دون غيره فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد واخلاء للعالم عن الفساد

عن علي قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن قاضيا فقلت يا رسول الله ترسلني وأنا حديث السن ولا علم لي بالقضاء فقال ان الله سهدى قلبك ويثبت لسانك فاذا اجلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الاول فانه احرى أن تبين لك القضاء قال فيا زلت قاضيا أو ما شككت في قضاء بعدد وروا احمد واسحق بن راهويه والطحاوي والحاكم وقال صحيح الاسناد وآخرجه ابن ماجه وفيه ضرب صدرى وقال اللهم اهد قلبه وثبت لسانه قال فاشككت الحديث وصححه أيضا الحاكم في المستدرک عن ابن عباس قال بعث النبي صلى الله عليه وسلم عليا رضي الله عنه الى اليمن فقال علمهم الشرائع واقض بينهم الحديث وصححه ثم قلده على شريحا الامام وأمانه فرض كفاية فقد قدمه غير ان مقتضاه أن يكون الدخول فيه مستحبا وعبارة لباس أكثر استعما الهافي المباح وما تركه أولى وحاصل ما هنا انه ان لم يمان على نفسه الحيف أى الجور أو عدم اقامة العدل كره له الدخول كراهة تحريم لان الغالب الوقوع في خطوره حينئذ وان أمّن أبج رخصة والترك هو العزيم لانه وان أمّن فالغالب هو خطا من ظن من نفسه الاعتدال فيظهر منه خلافه فيؤخره عن الاستحباب هذا اذا لم تنحصر الاهلية فيه وان انحصر صار فرض عين وعليه ضبط نفسه الا ان كان السلطان من يمكن أن يفصل الخصومات ويتفرغ لذلك وحديث ابي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من جعل على القضاء فقد ذبح بغير سكين حسن الترمذي وأخرجه ابن عدي في الكامل من حديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من استقضى فقد ذبح بغير سكين وحكى ان بعض القضاة استخف بهذا الحديث ثم دعاه بن يسوي له لحية فبينما هو يحلق له تحت لحية في حلقومه اذ عطس القاضي فالتى الموسى رأسه وقد جاء في التحذير من القضاء آثار وقد اجتنبه ابو حنيفة وصبر على الضرب والسجن حتى مات في السجن وقال البحر عميق فكيف أعبره بالسباحة فقال ابو يوسف البحر عميق والسفينة وثيق والملاح عالم فقال ابو حنيفة كافي بك فاضيا وقول السكين يؤثر في الظاهر والباطن جميعا والذبح بغير سكين ذبح بطريق الخلق والغم ونحو ذلك فانه يؤثر في الباطن دون الظاهر فكذا القضاء لا يؤثر في الظاهر فانه في ظاهره جاءه وفي باطنه هلاك وكان شمس الائمة الحلواني رحمه الله يقول لا ينبغي لاحد ان يزدرى هذا اللفظ كي لا يصيبه ما اصاب ذلك القاضي فقد حكى ان قاضيا روى له هذا الحديث فاذا رواه فقال كيف يكون هذا ثم دعاني مجلسه بن يسوي شعره فجعل الحلاق يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه اذ عطس

غيره ممن يصلح للقضاء (فاما اذا كان هو الاهل دون غيره فحينئذ يفترض عليه الدخول صيانة لحقوق العباد في حقهم (واخلاء للعالم عن الفساد) في الحدود والقصاص فاذا كان في البلد قوم يصلحون للقضاء فامتنع كل واحد منهم عن الدخول فيه أمّا ان كان السلطان بحيث لا يفصل بينهم والافلا واما امتنع الكل حتى قلد جاهل اشتركوا في الائمة لا تادى الى تضییع أحكام الله تعالى

(قوله لا ترى أن ابا حنيفة الخ) أقول فيه أن قصة أبي حنيفة لا تدل على جواز الدخول فيه ولو لمكرها لا يرى أنه أكره عليه ولم يدخل قال المصنف (والصحيح الخ) أقول فالحديث محمول على القاضي الجائر أو الطالب (قوله لانه قد يخطئ ظنه فيما اجتهد الخ) أقول فيه بحث فان المجتهد اذا أخطأ شاب وعندى الاصواب يقال فلهذا يخطئ ظنه أى ظنه قبل الدخول في القضاء بانه يقضى بالحق لعله يخطئ اذ ربما يظهر الطمع الكامل الذي كان غافلا وغير ذلك من الغضب والتعصب والميل الى بعض الاشياء والخوف (قوله ان كان السلطان بحيث لا يفصل بينهم) أقول أى

قال (و ينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها الخ) من
 صلح للقضاء ينبغي له أن
 لا يطلب الولاية بقلبه ولا
 يسألها بلسانه لما روى أنس
 ابن مالك رضي الله عنه .
 قوله عليه الصلاة والسلام
 من طلب القضاء وكل الى
 نفسه ومن أجبر عليه نزل
 عليه ملائكة يسدده وكل
 بالتحفيض أى فوض أمره
 اليها ومن فوض أمره الى
 نفسه لم يمتد الى الصواب
 لان النفس أماره بالسوء
 لان من طلب القضاء فقد
 اعتمد فقهه وورعه وكاه
 وأعجب فحرم التوفيق
 و ينبغي أن لا يشتغل المرء
 بطلب مال أو بالبحر به وإذا
 أكره عليه فقد اعتصم
 بحبل الله مكسور القلب
 بالا كراهه على ما لا يحبه
 و رضاه وتوكل عليه ومن
 يتوكل على الله فهو حسبه
 فيهم الرشد والتوفيق
 (قوله ثم يجوز التقليد)
 تفرع على مسألة
 القدوري يبين أنه لا فرق
 في جواز التقليد لاهله بين
 أن يكون المولى عادلا
 أو جازا فكل جاز من
 السلطان العادل جاز من الجائر
 وهذا لان الصابة رضى الله
 عنهم تقلدوا القضاء من
 معاوية وكان الحق مع علي
 رضى الله عنه ما في نوبته
 على ذلك حديث عمار بن
 ياسر وانما يقيد بقوله (في
 نوبته) احتراز عما يقوله
 لا يفصل الخصومات بين
 الناس كما ينبغي

قال (و ينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها) لقوله عليه الصلاة والسلام من طلب القضاء وكل الى نفسه
 ومن أجبر عليه نزل عليه ملائكة يسدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن أجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم
 (ثم يجوز التقليد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل) لان الصابة رضى الله عنهم تقلدوه من معاوية
 رضى الله عنه والحق كان بيد علي رضى الله عنه في نوبته والتابعين تقلدوه من الحجاج وكان جازا
 أي حفيظة كقول أبي قلابه ما وجدته القاضي الا كسابع في بحر فكم يسبح حتى يعرف وكان دعى للقضاء
 فهرب حتى أتى الشام فوافق موت قاضيه فاهرب حتى أتى اليمامة واجتنبه كثير من السلف وقيد محمد بن
 الحسن بن عمار ثلاثين يوما وأبو عمار بعين يومه بالتقليد وقد أخرج مسلم عن أبي ذر رضى الله عنه أن النبي صلى
 الله عليه وسلم قال له يا أبا ذر إن أحب لك ما أحب لنفسى لا تأمرن على اثنين ولا تولين مال يتيم وأخرج أبو داود
 عن أبي بريدة عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم القضاء ثلاثة ثلثان في النار و واحد في الجنة رجل
 عرف الحق ففوض به فهو في الجنة ورجل عرف الحق فلم يقض وجار في الحكم فهو في النار ورجل لم يعرف الحق
 ففوض للناس على جهل فهو في النار وفي صحيح ابن حبان عن عائشة رضى الله عنها قالت سمعت رسول الله صلى
 الله عليه وسلم يقول يدعى بالقاضي العادل يوم القيامة فليبق من شدة الحساب ما يمتنى أنه لم يقض بين اثنين في
 عمره وأخرج الحاكم عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ولي عشرة فكم بينهم بما أحبوا أو
 كرهوا جى به يوم القيامة مغلوله يده الى عنقه فان حكم بما نزل الله ولم يرتس في حكمه ولم يحف فك الله عنه
 غله وان حكم بغير ما نزل الله وارتس في حكمه وحاف فيه شددت يساره الى يمينه ثم روى به في جهنم وروى
 النسائي عن مكحول لو خدعت بين ضرب عنق وبين القضاء لا خدعت ضرب عنق وأخرج ابن سعد في الطبقات
 قال استعمل أبو داود رداء على القضاء فاصبح الناس يهنونه بالقضاء فقال أتهنوني بالقضاء وقد جعلت على رأس
 مهواة من لثها بعد من عدن أبين وأماما في البخارى سبعة يظلمهم الله في ظله يوم لا ظل الا ظله امام عادل فلا ينافى
 بحديثه أو لا مغلوله يده الى عنقه الى أن يفكها عدله فيظله الله تعالى في ظله فلا يعارض (قوله و ينبغي أن لا يطلب
 الولاية ولا يسألها) قوله صلى الله عليه وسلم من طلب القضاء وكل الى نفسه الخ أخرجه أبو داود والترمذي وابن
 ماجه من حديث أنس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من سأل القضاء وكل الى نفسه ومن أجبر عليه نزل
 عليه ملائكة يسدده ولفظ أبي داود من طلب القضاء واستعان عليه وأخرجه الترمذي أيضا عن أنس مرفوعا
 من ينبغي القضاء وسأل فيه شفعاء وكل الى نفسه ومن أكره عليه نزل الله عليه ملائكة يسدده وقال
 حسن غريب وهو أصح من حديث امرئ القيس يري سندا الاول وأصح من الكل حديث البخارى قال
 رسول الله صلى الله عليه وسلم يا عبد الرحمن بن سمر لا تسأل الامارة فانك ان أوتيتها عن مسألة وكلت
 اليها وان أوتيتها عن غير مسألة أعنت عليها وإذا كان من طلب الولاية توكل الى نفسه وجب أن لا يحل
 لانه حينئذ معلوم وقوع الفساد منه لانه محذور (قوله ويجوز التقليد من السلطان الجائر كما يجوز من
 العادل لان الصابة رضى الله عنهم تقلدوه من معاوية يترضى الله عنه والحق كان بيد علي رضى الله عنه في نوبته
 والتابعين تقلدوه من الحجاج) هذا تصريح بجواز معاوية والمراد في خروجه لاني أفضيته ثم انما يتم اذا ثبت انه

بعض الشعر من تحت ذقنه اذ عطس فاصابه الموسى وألقى رأسه بين يديه (قوله و ينبغي أن لا يطلب الولاية) أى
 بقلبه ولا يسألها أى بلسانه (قوله وكل الى نفسه) أى فوض أمره الى نفسه ومن فوض أمره الى نفسه كان
 مغذولا ولا غيب من صور لان النفس أماره بالسوء وانما كان كذلك لان من سأل القضاء فقد اعتمد فقهه وورعه
 وذكاه فصار مجبا فلا يلهم الرشد ويحرم التوفيق فاما من أكره عليه فقد اعتصم بحبل الله تعالى وتوكل
 عليه وقال الله تعالى ومن يتوكل على الله فهو حسبه فيلهم الرشد ووفق للصواب (قوله في نوبته) أى في نوبة
 على رضى الله عنه وانما يقيد به احتراز عن مذهب الروافض فانهم يقولون كان الحق في يد علي في نوبة أبي بكر
 وكذلك في نوبة عمر وعثمان رضى الله عنهم وقال ولكن ما قولوه باطل لا جاح الامة على محبة خلافة الخلفاء

الروافض ان الحق مع على
رضي الله عنه في نوبة أبي
بكر وعمر وعثمان رضي
الله عنهم أجمعين وليس
الامر كما قالوا بل أجمع الأمة
من أهل الحل والعقد على
صحته خلافة الخلفاء قبله
وموضعه باب الامامة في
أصول الكلام وعلماء
السلف والتابعين تقلدوه
من الحجاج وجوره مشهور
في الأفاق وقوله (الاذا
كان لا يمكنه من القضاء)
استثناء من قوله يجوز النقل
من السلطان الجائر فإنه اذا
كان لا يمكنه من القضاء
(لا يحصل المقصود بالتقلد)
فلا فائدة لتفاديه (بمخلاف ما
اذا كان يمكنه) قال (ومن
قلد القضاء يعلم اليه ديوان
القاضي الذي كان قبله الخ)
من نولي القضاء بعد عزل آخر
تسلم ديوان القاضي الذي
كان قبله والديوان هو
الخراط التي فيها السجلات
وغيرها من المحاضر
والاصول وكتب نصب الاوصياء
وتقدير النفقات لانها أي
السجلات وغيرها إنما
وضعت في الخراط لتكون

الاذا كان لا يمكنه من القضاء بحق لان المقصود لا يحصل بالتقليد بخلاف ما اذا كان يمكنه قال (ومن قلدا القضاء
يسلم اليه ديوان القاضي الذي كان قبله) وهو الخراط التي فيها السجلات وغيرها

ولي القضاء قبل تسليم الحسن له وأما بعد تسليمه فلا ويسمى ذلك العام عام المحاجسة واستقضى معاوية أبا
الدرداء بالشام وجهات وكان معاوية يرضى الله عنه استشاره فحين نولي بعده فاشارة اليه بفضالة بن عبيد
الانصاري فولاه الشام بعده وقوله في نوبة علي التي ذكرها المصنف هي كونه رابعاً بعد عثمان وقيل
بنو بته احتراز عن قول الروافض انه كان أحق بها في سائر النوب حتى من أبي بكر رضي الله عنه وإنما كان
الحق مع في تلك النوبة لمحبة يبعثه وانعاده اذ كان على الحق في قتال أهل الجمل وقتال معاوية بصفتين وقوله
عليه الصلاة والسلام لعامة ستلك الفئة الباغية وقد قتل أصحاب معاوية يصرح بانهم بغاة ولقد أظهرت
عائشة رضي الله عنها الندم كما أخرجه ابن عسك البرقي الاستيعاب قال قالت رضي الله عنها لابن عمر يا أبا عبد
الرحمن ما منعك أن تنهاني عن مسيري قال رأيت رجلاً غلب عليك يعني ابن الزبير فقالت أما والله لو لم تمنني
ما خرجت وأما الحجاج فخاله معروفي في تاريخ البخاري بسنده عن أبي اسحق قال كان أبو بردة بن أبي موسى
على قضاء الكوفة فعزله الحجاج وجعل أخاه مكانه وأسند في موضع آخر عن ضمرة قال استقضى الحجاج أبا بردة
ابن أبي موسى وأجلس معه سعيد بن جبير ثم قتل سعيد بن جبير ومات الحجاج بعسده بسنة أسسهر وفي تاريخ
أصبهان للحافظ أبي نعيم عبيد الله بن أبي مريم الأموي ولي القضاء بأصبهان للحجاج ثم عزله الحجاج وأقام
محبوساً بواسط فلما هلك الحجاج رجس إلى أصفهان وتوفي بها وقال ابن القطان في كتابه في باب الاستسقاء طلمة
ابن عبد الله بن عوف أبو محمد الذي يقال له طلمة الذي ابن أخي عبد الرحمن بن عوف تقلد القضاء من يزيد بن
معاوية على المدينة وهو تابعي بروي عن ابن عباس وأبي هريرة وأبي بكر رضي الله عنهم وقوله (الاذا كان
لا يمكنه من القضاء بحق) استثناء من قوله يجوز النقل من السلطان الجائر (لان المقصود لا يحصل من التقليد)
حينئذ وهو ظاهر هذا اذا لم يكن سلطان ولا من يجوز التقليد منه كما هو في بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار
كقزطبة في بلاد المغرب الآن وبلنسية وبلاد الحبشة وأقر والمسلمين عندهم على مال يؤخذ منهم بحسب علمهم
أن يتفقوا على واحد منهم يجعلونه واليا فيولي قاضياً ويكون هو الذي يقضى بينهم وكذا ينصبوا لهم اماماً
يصلى بهم الجمعة (فر وع في العزل) للسلطان عزل القاضي بريدته ولا يبره ولا ينزل حتى يبلغه العزل
و ينزل نائبه بعزله بخلاف ما اذا مات القاضي ينزل نائبه وكثير من المشايخ على أن النائب لا ينزل بعزل
القاضي لانه نائب للسلطان وينزل القاضي بعزله نفسه اذا باخ السلطان ومالم يبلغه لا ينزل كعزل الوكيل
نفسه لا ينزل حتى يبلغ الموكل وقيل لا ينزل القاضي بعزل نفسه لان قضاء صار حجة للعامة فلا يملك ابطاله
وعن أبي يوسف لا ينزل بعزل السلطان حتى ياتي قاض آخر صيانة لحقوق الناس ومثله وصى القاضي اذا
عزل نفسه بشرط علم القاضي ويجوز تعليق العزل بالشرط ومن صورته اذا كتب الخليفة اليه اذا وصلك كتابي
هذا فانت معزول لا ينزل حتى يصل اليه الكتاب ولم يجز ظهير الدين تعليق العزل وانيس بشئ وينزل خلفاء
القاضي بموته ولا ينزل امراء الخليفة ولو قلدر رجل قضاء بلدة لها قاض هل ينزل الاول عن أبي يوسف
لا ينزل قال في الخلاصة وهو الاشبه ولو شرط في القضاء شرطاً مثل أن لا يمثل أمر أحد نفاذ العزل وعن
أبي حنيفة لا يترك القاضي على القضاء أكثر من سنة ثم يعزله ويقول أشغلناك اذهب فاشتغل بالعلم ثم ائنه
(قوله ومن قلدا القضاء يسأل) أي أول ما يبدأ به من الاعمال هذا هو أن يسأل أي يطلب من القاضي المنعزل
بأنه ثم يسرد ديوانه بأنه (الخراط التي فيها السجلات وغيرها) من كتب الارقاف وكتب نصب الاوصياء
الراشدين ولو كان الامر على ما قاله الروافض لكان اجماع الامّة على باطل ولا تجتمع الامّة على باطل ولم يرو
عن علي رضي الله عنه ولا عن غيره من ائمة ذلك الاجماع (قوله يسأل ديوان القاضي الذي قبله) ديوان القاضي
الخراط التي فيها نسخ السجلات والاصول ونصب الاوصياء والقيم في أموال الوقف وتقدير النفقات وهذا

حجة عند الحاجة فتجعل في يده من له ولاية القضاء والا لا تفيد دونها ما لا يتصور ان يكون الكتاب منفردا عن الذكبر والبيئة بحجة لانها تول البها بالتذ كبر ثم البياض أي الذي كتب فيه الحادثة ورقا كان أو ورقا لا يتخلو من أمور ثلاثة إما أن يكون من بيت المال أو من مال الخصوم أو من مال القاضي الأول فان كان الأول فوجه تسام القاضي إياه ظاهر وكذا اذا كان من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده لماله وقد انتقل الى المولى وكذا ان كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذته تدينا لا تمولا وقوله في الصحيح في صورتين اجتزاز عما قاله بعض المشايخ ان البياض اذا كان من مال الخصوم أو مال القاضي لا يجب للمعزول على دفعه لانه ملكه أو وهبه له ولكن الصحيح فيه ما ذكر (قوله ويبحث أمينين) بيان لكيفية التسام (٢٦٦) وهوان يبعث المتولدين جلين من ثقاته وهو أحوط والواحد يكفي (ففي قبضها بحضرة المعزول

لانها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يده من له ولاية القضاء ثم ان كان البياض من بيت المال فظاهر وكذا اذا كان من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده لماله وقد انتقل الى المولى وكذا اذا كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذته تدينا لا تمولا ويبحث أمينين ليقبضها بحضرة المعزول أو أمينه وبسأله شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع منها في خريطة كى لا يشبهه على المولى وهذا السؤال لكشف الحال لا للزام

والحاضر والصكوك وتقدر النفقات لا يتسام وغيرهم مما اقتضاه الحال وانما يطلبه (لانها انما وضعت) عند القاضي (لشكون حجة) ووثيقة مخروطة (عند القاضي اذا وقعت الحاجة) الى الحجة ومعرفة الاحوال (فتجعل عنده من له ولاية النظر) في أمورهم وما كانت عند الاول الالانه كذلك (ثم ان كان البياض) الذي كتب فيه القاضي ورقا ورقا (من بيت المال فظاهر) وكذا اذا كان من مال أرباب القضايا في الصحيح لانه رضى به) لانه للقاضي لانه ملك الذات (وقد انتقل) القضاء (الى) القاضي (المولى وان كان ملك القاضي فكذلك في الصحيح لانه اتخذته تدينا) ليعفظ به أو والناس وحاجاتهم (لا تمولا ويبحث) المولى (اثنين) أو واحد امامونا (ليقبضها بحضرة المعزول أو) (من) أمينه ويسألان (أعني الأمينين) (المعزول شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع في خريطة) مثل الصكوك في خريطة والنفقات في خريطة وكتب الاوقاف في خريطة ليكون أسهل للتناول بخلاف ما اذا خلط الكل فان في الكشف عنه حيث تذهب عسر اشديا وفي عرف ديارنا ليس عند القاضي صكوك للناس ولا كتب اوقافهم بل اذا كان القاضي هو ناظر الوقف (وهذا السؤال لكشف الحال) لا يلزم العمل بقضية الجواب من القاضي فانه التحق بسائر الرعايا بالعرز ثم اذا قبضه ختم عليه خوفا من طرق التغيب وأما ما قيل يكتبان عدد ضياع الوقوف ومواقعها فليس الى ذلك حاجة فان كتب الاوقاف مشتملة على عدد الضياع الموقوفه والدور والحوانيت محدودة

لان القاضي يكتب نسختين احدهما تكون بيد الخصم والاخرى تكون في ديوان القاضي لانه ربما يحتاج اليه المعنى من المعاني وما بيد الخصم لا يؤمن عليه الزيادة والنقصان ويبحث جلين من ثقاته ليقبضوا ديوانه بحضرة القاضي المعزول أو أمينه والواحد يكفي والاثنان أحوط ويسألان القاضي الاول شيئا فشيئا فان كان فهما من نسخ السجلات يجعلانه في خريطة وما كان من نصب الاوصياء في أموال البيتمى يجعلونه في خريطة لان هذه النسخ كانت تحت تصرف القاضي المعزول فلا يشبهه عليه شيء من ذلك متى احتاج الى نسخة منها فاما القاضي المقلد فيشبهه عليه لولم يجمع كل نوع في خريطة ولو احتاج الى نوع منها يحتاج الى تفتيش جميعها وانما يسألان القاضي المعزول وان لم يكن قوله حجة لا تحتاجه بواحد من الرعايا ليكشف له ما أسألها شكل عليهما

أو أمينه ويسألانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع في خريطة على حدة كى لا يشبهه على المولى) وهذا لان السجلات وغيرها لما كانت موضوعة في الخرائط بيد المعزول لم يبال يشبهه عليه ما يحتاج اليه وقت الطلب وأما المولى فلم يقدم له عهد بذلك فان تركت حجة معنة تشبهه على المولى فلا يتصل الى المقصود وقت الحاجة أو يتعسر عليه ذلك (وهذا السؤال) أي سؤال المعزول (لكشف الحال لا للزام) فانه بالعرز التحق بواحد من الرعايا فلا يكون قوله حجة ومتى قبض ذلك يجتمعان على ذلك اجتزازا عن الزيادة قبل قوله وهذا السؤال لكشف الحال يدل على أن السؤال بمعنى الاستعلام وهو يتعدى الى المفعول الثاني بعين وهنا ليس (قوله والا لا تفيد) أقول يعنى فائدتها المطلوبة منها

قال

(قوله لانها تول البها بالتذ كبر) أقول لم يذكروا البيئة لان الحجة عند قيام البيئة هي البيئة

لا الكتاب الشرعى بخلاف صورة التذ كبر فانه لما كان سببا للتذ كبر الذي هو الحجة حقيقة جعل حجة فتأمل فان في عبارة تول البها نوع سهو عما قلنا ولكن الامر سهل بقى ههنا بحث لان الحجة بالتذ كرا انما تكون بالنسبة الى القاضي الذي وضعها فيها وقعت الحادثة بين يديه فلافائدة في تسليم القاضي الجديد اياها (قوله لانه ملكه أو وهبه له) أقول لو اتهمه على قوله لانه ملكه لا تنظم صورتين وانما ذكر قوله أو وهبه له تنبيها على طريق تملكه اذ ربما يخفى على بعض الافهام فتأمل ثم قوله لانه ملكه أي في الثاني وقوله أو وهبه له أي في الاول وقوله وهذا السؤال أي سؤال المعزول) أقول أو سؤال أمينه فاسأل ههنا مضاف الى مفعوله (قوله قيل قوله وهذا السؤال لكشف الحال يدل على أن السؤال يعني الاستعلام) أقول ولا يبعد أن يكون السؤال يعني الاستعلام أي يستعطيان القاضي العزول نوعا من الخرائط فنوعا آخر بعده مثيلا

كذلك وأجيب بأن المغرور الثاني محذوف وتقدره ويسالان المعزول عن أحوال السجلات وغيره أو قوله شيا فسيب منسوب بغامل مضمر يدل عليه قوله ويسالانه أي يسالان شيا فسيب منسوب ليس بشئ لأن الكلام في الثاني كالسالك في الأول والأولى أن يجعل الحال بمعنى مقصلا كما في قوله ثبتت له حسابه بأيا ما قال (و ينظر المولى في حال المحبوسين) بأن يبعث إلى الحبس من يحبسهم ويأتيه باسمائهم ويسال المحبوسين عن سبب حبسهم (لأنه نصب ناظرا) لأمور المسلمين وقول المعزول ليس بحجة تقدم فلا بد من التفحص عن أحوالهم فيجمع بينهم وبين خصومهم (فن اعترف بحق ألزمه إياه) وحسبه إذا طلب الخصم ذلك لأن الإقرار والواجد يجعل عرضه وعقوبته أي حبسه (ومن أنكر) ما لو حبس الحبس (لم يقبل قول المعزول إلا بالبينة لما تقدم أنه صار كواحد من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة لاسيما إذا كانت على فعل نفسه) فان قامت البينة بالحق والقاضي يعرف عدالة الشهود ودرهم إلى الحبس لقيام المجتهون لم يعرفهم يسأل عن الشهود فان عدلوا فكذلك (وان لم تقم بينة) أو لم يحضر خصم وادعى المحبوس أن لخصمه له وهو محبوس بغير (٣٦٧) حق (لم يجعل بتخليته حتى ينادى عليه) أي أما إذا جلس يقول

المبادئ أن القاضي يقول من كان يطالب فلان بن فلان المحبوس الفلاني خصمه فلحضر فلان حضر والافن رأى القاضي أن يطلقه فان لم يحضر لرجل منهم خصم أخذ منه كفيلا بنفسه وأطلقه لأن فعل المعزول حق ظاهر فلا يجعل بالتخليته ويستظهر أمره كي لا يؤدي إلى إبطال حق الغير لجواز أن يكون له خصم غائب يدعى عليه إذا حضر والفرق لا يبيح خلع حقه منه الله في أخذ الكفيل هنا وبين مسئلة قيمة التركة بين الورثة حيث لا يأخذ هذا كفيلا على ما سيجيء أن في مسئلة القسمة الحق للأول الحاضر ثابت بيقين وفي ثبوته لغيره شك فلا يجوز تأخير المحقق لأمروهم وأما هنا فان الحق

قال (و ينظر في حال المحبوسين) لأنه نصب ناظرا (فن اعترف بحق ألزمه إياه) لأن الإقرار ملزم (ومن أنكر لم يقبل قول المعزول عليه إلا بالبينة) لأنه بالعزل التحق بالرعايا وشهادة الفرد ليست بحجة لاسيما إذا كانت على فعل نفسه (فان لم تقم بينة لم يجعل بتخليته حتى ينادى عليه) وينظر في أمره (لأن فعل القاضي المعزول حق ظاهر فلا يجعل كي لا يؤدي إلى إبطال حق الغير

(قوله) وينظر في حال المحبوسين) فيبعث إلى السجن من يحبسهم ويأتيه باسمائهم وأخبارهم ويسال المحبوس عن سبب حبسه لأن القاضي ناظر في أمور المسلمين وهؤلاء مسلمون محبوسون ولا بد أن يثبت عنده سبب يوجب حبسهم وثبوته عند الأول ليس بحجة يعتمدها الثاني في حبس هؤلاء لأن قول الأول لم يبق حجة (فن اعترف بحق ألزمه إياه) ورده إلى السجن الآن يبلغ المقدار الذي يخرج به من السجن عنده إذا لم يثبت له مال وكذا من أنكر وشهد الشهود ودعى عليه والقاضي يعرف هؤلاء الشهود بالعدالة فان لم يعرف عدالتهم أخذ منهم كفيلا وأطلقهم حتى ينظر في حالهم فان ظهرت عدالة الشهود رده إلى السجن إذا طلبه الخصم (ولو أخبر القاضي المعزول بسبب حبسهم لا يقبل لأنه التحق) واحد من (الرعايا وشهادة الفرد ليست حجة) موجبة للعمل (لا سيما) وهي (على فعل نفسه) وجه إذا قال الشافعي ومالك وقال أحدي يقبل قوله بعد العزل كما يقبل العزل لأنه أمين الشرع وعند مالك لا يقبل قوله قبل العزل أيضا لا بحجة (وإذا لم يقبل قول المعزول عليه ولم تقم بينة) بما وجب حبسه (لا يجعل) باطلاقة (لأن فعل القاضي ظاهرا) ما كان الا (بحق) فحتمنا ط لخصمه الغائب فينادى عليه وصفته أن يأمر كل يوم إذا جلس مناديا ينادى في محلته من كان يطالب فلان بن فلان المحبوس بحق فليات إلى القاضي بفعل ذلك أياما إذا حضر وادعى وجوده ابتداء الحكم بينهما وان لم يحضر أخذ منه كفيلا بنفسه إذا لم يحبوس بحق لغائب وأما ربه أنه في حبس قاض والظاهر أنه بحق فان قال لا كفيلا لي وأبي أن يعطى كفيلا وجب أن

(قوله حتى ينادى عليه) أي يأمر مناديا ينادى عليه كل يوم إذا جلس من كان يطالب فلان بن فلان المحبوس الفلاني بحق فلحضر حتى يجمع بينه وبينه فان حضر والافن رأى القاضي أن يطلقه ينادى عليه كذلك أياما فان حضر خصم واحد منهم جمع بينه وبينه وان لم يحضر تافى عليه أياما على حسب ما يرى القاضي فان لم يحضر خصم أخذ منهم كفيلا بأنفسهم وأطلقهم

للاغائب ثابت بيقين نظرا إلى ظاهر حال المعزول لكنه مجهول فلا تكون الكفالة لأمروهم وقيل أخذ الكفيل ههنا أيضا على الخلاف يستعيان أولا خريطة السجلات ثم خريطة البكوكول وعلى هذا السؤال لكشف الحال أي الاستعطاء على هذا الوجه ويؤيد كونه بمعنى الاستعطاء قوله ومن قلدا القضاء يسال ديوان القاضي فادهم (قوله شيا فسيب منسوب) أقول يعني منسوب على المنعولية (قوله) لأن الإقرار والواجد يجعل عرضه (الخ) أقول قال صاحب البدائع قال النبي عليه الصلاة والسلام لي الواجد يجعل عرضه وعقوبته انتهى فان قيل من أين علم أنه واجد فلان من حبس القاضي المعزول فان الظاهر أنه لو لم يعلم يسأله بحسبه قال المصنف (لم يقبل قول المعزول عليه إلا بالبينة) أقول فيه تسامح لظهور أن المجتهى البينة لا قول المعزول (قوله) فان لم يحضر لرجل منهم خصم (الخ) أقول يعني بعد النداء (قوله على ما سيجيء) أقول في فصل القضاء بالمواريث من هذا الكتاب (قوله) فان الحق للغائب ثابت بيقين) أقول لاطلاق البيقين على ما ثبت نظرا إلى الظاهر ليس على الحقيقة كما لا يخفى

فلا يحتاج الى فرق وقد كفي الحيط الصحيح ان أخذ الكفيل ههنا بالاتفاق فالفرق المذكور يكون محجبا اليه وان قال لا كفيل لي أولا أعطى
كفيلاً فإنه لم يجب على شيء نادى عليه فمهرأتم خلاه لان طلب الكفيل كان احتياطاً فاذا امتنع احتياطاً بوجه آخر وهو يحصل بالنداء عليه شهراً
(وينظر المولى في الودائع وارتفاع الوقوف) لانه نصب ناظر في أمور الناس (فيعمل في المذكور على) حسب ما تقوم به البينة أو باعتراف
من هو بيده) لانه لا بد لعمله من حجة (وكل ذلك محتمل ولا يقبل قول المعزول فيه لما سر غير مرة الا ان يعترف ذو اليدان المعزول سلمها اليه فيقبل
فيها قول المعزول لانه باقرار ذي اليد ثبت ان اليد كانت للمعزول فيه فصح اقرار المعزول به كانه بيده للعالم) ولو كان بيده عياناً فصح اقراره به
فكذا اذا كان بيده مودعه لان المودع كيد المودع (الاذا بدأ ذو اليد بالاقرار لغير من أقره القاضى فإنه يسلم الى المقر له الاول لسبق حقه ثم
يضمن قيمته للقاضى باقراره الثاني (٣٦٨) ويسلم الى المقر له من جهة القاضى) والحاصل ان هذه المسئلة على خمسة وجوه وذلك لان من

بيده المال اما أن يقر بشيء
مما أقر به المعزول أو يجهل
كأنه فان كان الثاني فالقول
قوله ولا يجب بقول المعزول
عليه شيء وان كان الاول فاما
أن يقول دفعه القاضى الى
وهو لفلان بن فلان من
أقره القاضى وهو
المذكور في الكتاب أولاً
بتعليه واما أن يقول دفعه
القاضى الى ولا أدري لمن هو
وحكمه كحكم المذكور في
الكتاب والتعليل والتعليل
واما أن يقول دفعه الى
القاضى المعزول وهو لفلان
غير من أقره القاضى
وحكمه مائة قدم لانه لما
بدأ بالدفع من القاضى فقد
أقر باليد له فصار كأن
المال في يده لما سر ثم أقر
أنه لفلان وهو لا يصح واما
أن يقول هو لفلان غير من
أقره القاضى ودفعه الى
القاضى وهو المذكور في
الكتاب آخر وحكمه ان
المال يسلم الى المقر له أولاً

(وينظر في الودائع وارتفاع الوقوف فيعمل فيه على ما تقوم به البينة أو يعترف به من هو في يده) لان كل ذلك
حجة (ولا يقبل قول المعزول) لما بيناهم (الآن يعترف الذي هو في يده ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله فيما)
لانه ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضى فيصح اقرار القاضى كانه في يده في الحال الا اذا بدأ بالاقرار لغيره ثم أقر
بتسليم القاضى فليسلم ما في يده الى المقر له الاول لسبق حقه ويضمن قيمته للقاضى باقراره الثاني ويسلم الى المقر
له من جهة القاضى
يحاط نوعاً آخر من الاحتياط فينادى شهرافان لم يحضر أحد أطلقه وقبل أخذ الكفيل هنا قولهما أما على
قول أبي حنيفة فلا كما قال في أصحاب الميراث اذا اقتصموا على ماسياتي والخمارة أن أخذ الكفيل هنا اتفاق
والفرق لا يبيح حنيفة ان المال ظاهر احق لهذا الوارث وفي ثبوت وارث آخر شك فلا يجوز تأخير حقه الى زمان
حصول الكفيل لاسم وهو موهوم وهذا الظاهر أن حبه بحق لظهور أن فعل القاضى بحق ولكنه مجهول
فليس أخذ الكفيل لوهوم ولو قيل فيما نظار الى هذا الظاهر يجب أن لا يطلقه بقوله انى مطلوب حتى تضى
مدة يطلق فيها مدعى الاعسار كان جيداً (قوله وينظر في الودائع وارتفاع الوقوف) السكائنة تحت أيدي
أمناء القاضى والذي في ديارنا من هذا أن أمراة الاوقاف تحت أيدي جماعة يوليهم القاضى النظر والمباشرة
فيها وودائع البيت تحت يد الذي يسمى أمين الحكم (فيعمل) فيها (على) حسب ما تقوم به البينة) انه
لفلان أو غير ذلك (أو يعترف) الذي هو في يده (ولا يقبل قول المعزول) على من هو في يده اذا أنكر وقال
هو لى الابينة (ما بيننا) انه التحق واحد من الرعايا بخلاف القاضى لانه هو المخصوص بان يكتب في بقوله في
الارام حتى ان الخليفة الذي قلد القاضى لو أخبر القاضى انه شهد عنده الشهود بذلك الا يقضى به حتى يشهد
عنده الخليفة مع آخر والواحد لا يقبل قوله (الآن يعترف الذي في يده أن) القاضى (المعزول سلمها اليه)

(قوله ولا يقبل قول المعزول لما بيننا) أى لا يقبل قول المعزول ان المال الذى في يده يكون لعمر ولانه بالعزل
التحق واحد من الرعايا بالآن يعترف الذي في يده المال أن المعزول سلمها اليه لانه ثبت باقراره ان اليد كانت
للقاضى فيصح اقرار القاضى كانه في يده في الحال لان من في يده مال اذا أقر بذلك المال لانسان يقبل اقراره
الا اذا بدأ ذو اليد بالاقرار لغيره فيقول هذا المال لفلان بن فلان غير الذي أقره القاضى المعزول ثم قال دفعه
الى القاضى المعزول فليسلم الى المقر له الاول لسبق يده ثم يضمن للقاضى المعزول قيمة ذلك العين أو مثله باقراره
ان اليد كانت له فبدأ أخذ المعزول ويسلم الى الذى أنقر القاضى له ولو بدأ بالدفع فقال دفعه الى القاضى المعزول
وهو لفلان آخر فالقول قول المعزول ويؤمر بالدفع الى من أقره القاضى المعزول ولو قال صاحب اليد دفعه

لسبق حقه ثم يضمن مثله للقاضى باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضى ان كان مثلياً وقيمه ان كان قيمياً وهذا ان قال
اقراره الاول لما صح وجب تسليم المال الى المقر له واذا قال بعد ذلك دفعه الى القاضى وهو يقول لفلان آخر فقد أقر ان اليد كانت للقاضى
و باقراره لغير من أقره القاضى أ تلف المال على من أقره القاضى فيكون ضامناً للمثل أو القيمة كذا نقل صاحب النهاية وغيره عن الصدر
الشهيد وغيره وفيه نظر لان الاقرار الاول اما أن يبطل ما بعده أو لا وعلى كل واحد من التقديرين يلزم التسوية بين ما بدأ ذو اليد بالدفع من
القاضى وبين ما بدأ بالاقرار لغير لشمول الضمان أو لشمول العدم ولم أر أحداً ذكر الضمان لاحقره

(قوله ثم يضمن قيمته للقاضى باقراره الثاني ويسلم الى المقر له) أقول يعنى ويسلم القيمة (قوله وهو المذكور في الكتاب أولاً الخ) أقول فيه نامل
فان المذكور في الكتاب أولاً لا يختص له بما ذكره بل يعنى الصورتين الأخيرتين أيضاً

ثانياً في الوجه الرابع ويمكن أن يجاب عنه بان الاقرار الاول ان كان باليد يختار بطلان ما بعده والا فلا وذلك لان الاقرار من لا يملكه لصدوره عن
الاجنبى عن المقر به فاستدفاذا أقر باليد لشخص ثم أقر بعده بالملك لغيره بطل اقراره الثاني لصدوره عن لا يملكه وإذا أقر بالملك لغيره بما
في يده صح اقراره ثم بالاقرار باليد لغيره يريد أن يبطل الاول وليس له ذلك لسكونه اقراراً (٣٦٩) في حق غير ولكن يسمع في حق المودع
لسكونه اقراراً على نفسه

قال (ويجلس للعلم جالوساً طاهراً في المسجد) كى لا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد
الجامع أولى لانه أشهر وقال الشافعى رحمه الله يكره الجلوس في المسجد للقضاء لانه يحضره المشرك وهو نجس
بالنص والحائض وهى ممنوعة عن دخوله وانما قوله عليه الصلاة والسلام انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى
فحينئذ اما أن يقول سلمه الى ولا أدري لمن هى أو يقول سلمه الى وقال هو لفلان بن فلان وهو الذى أقره
القاضى المعزول وفى هذين يقبل قول المعزول فيه لانه ثبت باقراره من يده أن اليد فيها كانت للقاضى
فقبل اقراره القاضى فيها كقول كانت في يده حال اقراره أو يقول دفعه الى القاضى المعزول وهو لفلان وقال
المعزول بل لفلان رجل آخر فاقول ما قال المعزول ويدفع لمن أقر به لانه أقر باليد للقاضى فصار كأن
المسال في يده فاقرب به لو احدثوا أقر به هذا الرجل لا خروفيه يكون القول قول القاضى فكذا هذا وبدأ
بالاقرار لفلان فقال هو لفلان بن فلان ثم قال دفعه الى القاضى فى هذا يؤمر بالتسليم الى من أقر له الامين
ويضمن مثله ان كان مثلياً أو قيمته للمعزول في دفعه المعزول الى من أقر له لانه لابد بالقرار صرح اقراره
ولزم لانه أقر بما هو في يده فاما قال دفعه الى القاضى فقد أقر أن اليد كانت للقاضى والقاضى يقرب به لغيره من
أقر هو به لانه فيصير هو متلفاً لذلك على من أقره القاضى باقراره لغيره فيضمنه هذا وما لو شهد قوم أنهم سمعوا
القاضى الاول يقول استودعت فلان مال فلان اليتيم وسجد من في يده أو شهدوا على بيعه مال فلان اليتيم فانه
يقبل ويؤخذ المال من ذكره وكذا الوصيات الاول واستقضى غيره فشهد بذلك (فرع يناسب هذا) * لو شهد
شاهدان أن القاضى قضى لفلان على فلان بكذا وقال القاضى لم أقض بشئ لا تجوز شهادتهما عما عندهما
ويعتبر قول القاضى وعند محمد تقبل وينفذ ذلك (قوله ويجلس للعلم جالوساً طاهراً كى لا يشتبه مكانه على
الغرباء وبعض المقيمين) وفي الخلاصة ولا يتبع نفسه في طول الجلوس ولكن يجلس في طرفي النهار وكذا
المفتى والفقيه (والمسجد الجامع أولى لانه أشهر) ثم الذى تقام فيه الجلسات وان لم تصل فيه الجمعة قال نضر
الاسلام هذا اذا كان الجامع في وسط البلد أما اذا كان في طرف منها فلا زيادة المشقة على أهل الشقة
المقابلة فالاولى أن يختار مسجداً في وسط البلد وفي السوق ويجوز أن يحكم في بيته وحيث كان الا أن الاول
ما ذكرنا وبقولنا قال أحمد ومالك في الصحيح عنه (وقال الشافعى يكره الجلوس في المسجد للقضاء لانه) أى
القضاء (يحضره المشرك وهو نجس بالنص) قال تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد والحائض
هى ممنوعة عن دخوله ولان المساجد بنيت للصلاة والذكر والخصومات تغتنم بالمعاصى كثير من العيين
الغموس والكذب في الدعاوى (ولنا) ما في الصحيحين من حديث العائش من حديث سهل بن سعد وفيه
فتلا عن النبي صلى الله عليه وسلم وأما شاهد ولا بد من كون أحدهما كاذباً حاشا في عين غموس وفي الصحيحين أيضاً عن كعب
ابن مالك أنه تقاضى ابن أبي حذردديننا كان له عليه في المسجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعهم رسول الله
صلى الله عليه وسلم وهو في بيته فخرج إليهما حتى كشف وجهه فخرجه فنادى يا كعب فقال لبيك يا رسول الله
فأشار بيده أن يضع الشطر من دينك قال كعب قد فعلت يا رسول الله قال قم فاقضه وأخرج الطبراني مسنداً
الى ابن عباس قال بينا رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطبنا يوم الجمعة إذ أتى رجل فتخطى الناس حتى قرب
اليه فقال يا رسول الله أقم على الحد فقال اجلس فجلس ثم قام الثانية فقال يا رسول الله أقم على الحد فقال اجلس
فجلس ثم قام الثالثة فقال يا رسول الله أقم على الحد قال وما حدك قال أتيت امرأة حراماً فقال صلى الله عليه وسلم
الى القاضى المعزول وقال هو لفلان بن فلان أو قال دفعه الى ولا أدري لمن هو فاقول يقبل قول المعزول ولو

(٤٧ - (فتح القدير والكفاه) - سادس) وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفضل الخصومة في معتكفوه وكذا الخلقاء

الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء بالحق من أشرف العبادات فيجوز في المسجد كالأصالة

(قوله وروى عن أبي حنيفة أنه قال والمسجد الجامع أولى أتول يعنى أنه قال والمسجد عطف على الكلام السابق

والحكم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفصل الخصومة في معتكفه وكذلك الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولأن القضاء عبادة فيجوز إقامة في المسجد كالصلاة ونجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فلا يمنع من دخوله والخائض تخبر بحالها فيخرج القاضي إليها وإلى باب المسجد أو يبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما إذا كانت الخصومة في الدابة ولو جالس في داره لا بأس به ويأذن للناس بالدخول فيها ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لأن في جلوسه وحده منهمة

(قوله ونجاسة المشرك)
جواب عن دليل الشافعي
وتقرر به نجاسة المشرك في
اعتقاده لا في ظاهره فإنه ثبت
أن النبي صلى الله عليه وسلم
كان ينزل الوفود في المسجد
(فلا يمنع من دخوله) إذ
لا يصيب الأرض منه شيء
(والخائض تخبر بحالها)
فيخرج القاضي إليها وإلى
باب المسجد أو يبعث القاضي
من يفصل بينها وبين
خصمها كما إذا كانت الخصومة
في الدابة) فإن قيل يجوز
أن تكون الخائض غير
مسلمة لا تعتقد حرمة
الدخول في المسجد فتخبر عن
حالتها قلنا الكفار ليسوا
بمخاطبين بفروع الشرائع
فلا بأس بدخولهم (ولو)
جلس القاضي في داره
لا بأس بذلك) قال الامام غير
الاسلام إذا كان دار في
وسط البلدة كما تقدم في
المسجد فإذا جلس فيها
يأذن للناس في الدخول
إليها لأن لكل أحد حقاً
في مجلسه

لعلي وابن عباس وزيد بن حارثة وعثمان بن عفان رضي الله عنهم انطلقوا به فاجلدوه ولم يكن تزوج فقيل
بارسول الله ألا تجلد التي خبثت بها فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم من صاحبك قال فلانة قد عاها ثم
سألها فقالت يارسول الله كذب علي والله لا أعرفه فقال صلى الله عليه وسلم من شاهدك فقال يارسول الله
مالي شاهد فأمر به فجلد حد الغريبة ثمانين جلدة وأما الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل
الخصومات فنقل بالمعنى يعني وقع منهم هذا ولا يكاد يشك في أن عمر وعثمان رضي الله عنهما وقع لهما ذلك ومن
تبع السيرة رأى من ذلك شيئاً كثيراً في البخاري لا عن عمر عند من روى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأسد الامام أبو
بكر الرازي إلى الحسن أنه رأى عثمان قضى في المسجد وذكر القصة في ذلك فاقبل أنه غير مبني على أن المراد
رواية هذا اللفظ وليس كذلك وفي الطبقات لابن سعد بسنده إلى ربيعة بن أبي عبد الرحمن أنه رأى أبا بكر بن
محمد بن عمر بن حزم يقضي في المسجد عند القبر وكان على القضاء بالمدينة في ولاية عمر بن عبد العزيز وأسد
إلى سعيد بن مسلم بن بابك قال رأيت سعد بن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف يقضي في المسجد وكان قد أوى
قضاء المدينة وإلى محمد بن عمر قال سألت أبا بكر بن محمد بن عمر ومن حرم امرأة المدينة لعمر بن عبد العزيز
ولي أبا طولة القضاء بها فكان يقضي في المسجد قال أبو طولة ثقة بروى عن أنس بن مالك وإلى اسمعيل بن
أبي خالد قال رأيت شريكاً يقضي في المسجد وإلى الأسود بن زياد قال رأيت الشعبي وهو يومئذ قاضي
الكوفة يقضي في المسجد وكل قضاء صدر من هؤلاء كان بين السلف مشهوراً وفهم الصواب والتابعون ولم يرو
انكاره عن أحد وما الحديث الذي ذكره المصنف انما ثبتت المساجد كره الله والحكم فلم يعرف وإنما
أخرج مسلم حديث الأعرابي الذي قام يقول في المسجد فقال أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ممة فقال
صلى الله عليه وسلم لا تزرموه دعوه فتركوه حتى بال ثم دعا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان هذه المساجد
لا تصلح لشيء من هذا البول والقذر وانما هي لذكر الله تعالى والصلاة وقراءة القرآن قال وأمر رجلا من القوم
فدعا بدلو من ماء فشبهه عليه وأما نجاسة المشرك في الاعتقاد على معنى التشبيه (والخائض تخبر بحالها)
ليخرج إليها القاضي) أو يرسل نائبه (كلو كانت الدعوى في دابة ولو جالس في داره) شرط (أن)
يأذن للناس) على العدم ولا يمنع أحد من الناس لأن لكل أحد حقاً في مجلسه وعلى قياس ما ذكرنا
في المسجدين الأولين أن يكون في وسط البلد وفي المبسوط ولاية قضى وهو يعني أو يسير على دابته لانه إذا كان
غيره عند الحال والمساوية من الاستخفاف بالقضاء ولانه مشغول بما هو فيه ولا بأس بان يتكئ لانه نوع جاسية
كالتربع وغيره وما باع الناس في الجلسوس مختلفة وينبغي أن لا يقضي وهو غضبان أو فرحان أو جائع أو
عاشان أو مهموم أو ناعس أو في حال برد شديد أو حر أو وهو يدافع الانهيين أو به حاجة إلى الجبايع والحاصل
أنه لا يقضي حال شغل قلبه وأمله حديث لا يقضي القاضي وهو غضبان مع لول به ولا ينبغي أن يتطوع
بالصوم في اليوم الذي يريد الجلوس ولا يسمع من رجل محتج فأكثر إلا أن يكون الناس قليلاً ولا يقدم رجلاً
جاءه إلا آخر قبله ولا يضرب في المسجد حداً ولا تزمير (و) ينبغي أن يجلس معه من كان يجلسه قبل ذلك لأن
في جلوسه وحده منهمة (الرشوة والفلم) وروى أن عثمان رضي الله عنه ما كان يحكم حتى يحضر أربع من الصواب
ويستحب أن يحضر مجلسه جماعة من الفقهاء ويشاورهم وكان أبو بكر يحضر عمر وعثمان وليا حتى قال
أنكر ذوايد ما قاله المعزول كله انقول قوله ولا يقبل قول القاضي المعزول فيه (قوله كلو كانت الخصومة

(و يجلس معه من كان يجلس معه ولو كان في المسجد) حتى يكون أبعدهم النعمة (اذ في المجلس وحده نعمة) الظالم وأخذ الرشوة قال (ولا يقبل هدية الامن ذي رحم محرم منه الخ) الحاشا لا يقبل الهدية الامن ذي رحم محرم له أو من حرت عادته بالمهاداة قبل القضاء أما أنه لا يقبل الهدية فلا من جواب القضاء اذ لم يكن على صفة المستثنى وهو حرام والاصل في ذلك ما روي البخاري باسناده الى عروة بن الزبير عن أبي حنيفة الساعدي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا من الأزد يقال له ابن اللبينة على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا أهدي لي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فها جلس في بيت أبيه أو بيت أمه فينظر أي هدي له أم لا واستعمل عمر رضي الله عنه

أباهر برضى الله عنه فقدم بماله فقال من أين لك هذا فقال تناجيت الخيول وثلاحت الهدايا فقال أي

عدوانه هلا تعدت في بيتك فتعذر أي هدي إليك أم لا فأخذ ذلك منه وجعله في بيت المال فعرفنا أن قبول الهدية من الرشوة اذا كان بهذه الصفة وأما القبول من ذي رحم محرم ولا خصومة له فانه من جواب القرابة وهو مندوب الى صلة الرحم وفي الرد معني القطعية وهو حرام ولغظ الكتاب أعظم من أن يكون بينهما مهادة قبل القضاء وأن لا يكون عبادة النهاية تدل على ان المهادة بينهما قبل القضاء شرط قبولها كالأجنبي وأما القبول ممن حرت عادته قبل القضاء جهادته ولم يزد فانه ليس باكل على القضاء بل هو جرى على العادة حيث لم يزد على المعتاد وليس له خصومة والحاصل ان المهدي للقاضي اما أن يكون ذا خصومة أولا والاو لا يجوز قبول هديته مطلقا

قال (ولا يقبل هدية الامن ذي رحم محرم أو من حرت عادته قبل القضاء بمهاداته) لان الاول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جرى على العادة وفيما راء ذلك يصير آكلا بقضائه حتى لو كانت للقريب خصوصية لا يقبل هديته وكذا اذا اراد المهدي على المعتاد أو كانت له خصوصية لانه لا لجل القضاء فيتحاماه

أحد يحضر مجلس البقية من كل مذهب وبشاورهم فيما يشاكل عليه وفي المبسوط فان دخله حصر في قعودهم عنده أو شغل عن شيء من أمور المسلمين جلس وحده فان طباع الناس تختلف ففهم من عنده حشمة القضاة من فصل القضاء ومنهم من يزداد قوة على ذلك فاذا كان ممن يدخله حصر جلس وحده وفي المبسوط ما حاصله أنه ينبغي للقاضي أن يعتذر للمعقضي عليه وبين له وجه قضائه وبين له أنه فهم بجهته ولكن الحكم في الشرع كذا يقتضي القضاء عليه فلم يمكن غيره ليكون ذلك أدفع لشكاية الناس ونسبته إلى أنه جار عليه ومن يسع بخل فز بما اتسمد العامة تعرضه وهو بريء واذا أمكن اقامة الحق مع عدم انقار الصدور كان أولى (قوله ولا يقبل الهدية) الحاصل أن المهدي امله خصوصية أولا فان كانت لا يقبل منه وان كان له عادة بمهاداته أو اذ رحم محرم وان لم يكن خصوصية فان لم يكن له عادة بذلك قبل القضاء بسبب قرابة أو صداقة لا ينبغي أن يقبل وان كان له عادة بذلك بآخر بشرط أن لا يزد على المقدار المعتاد قبل القضاء فان زاد لا يقبل الزيادة وذكر في الاسلام الآن يكون مال المهدي قد زاد بقدر ما زاد اذ اراد في الهدية لا بأس بقبولها وهذا يقتضي أن لا يقبل الهدية من القريب الا اذا كان له عادة بالمهاداة كغيره فان لم يكن للقريب قبل القضاء عادة فاهدي بعد القضاء لا يقبل وبعبارة الهدية مع القدوري حيث قال ولا يقبل الهدية الامن ذي رحم محرم أو من له عادة قبل القضاء تغيب قبولها من القريب الذي ليس له عادة بالمهاداة قبل اذ لم تكن خصوصية والوجه هو ظاهر النهاية ثم صرح في مسئلة الدعوة عن شيخ الاسلام بأنه لا فرق بين القريب والبعيد في أنه لا يقبل هديته الا اذا كان له عادة نعم يمكن أن يقال في القريب الذي ليس له عادة بمهاداة قبل القضاء ان كان ذلك لغفر ثم أيسر بعد ذلك بعد ولاية قريبه فصار يهدي اليه جاز لان الظاهر ان المانع ما كان الا لغفر وهذا على شبه قول نفع الاسلام في الزيادة اذا كثرت له ثم اذا أخذ الهدية في موضع لا يباح أخذها قبل بضعها في بيت المال لانها بسبب عملهم وعامتهم على أنه ردها على أربابهم ان عرفهم واليه أشار في السير الكبير وان لم يعرفهم أو كانوا بعيدا حتى تعذر الرد في بيت المال ويكون حكمها حكم اللقطة فان جاء المالك يوما يعطاها وكل من عمل للمسلمين لاحكامهم في الهدية حكم القاضي وفي شرح الاقطع الفرق بين الرشوة والهدية ان الرشوة يعطيه بشرط أن يعينه والهدية لا بشرط معها انتهى والاصل في ذلك ما في البخاري عن أبي حنيفة الساعدي قال استعمل النبي صلى الله عليه وسلم رجلا من الأزد يقال له ابن اللبينة على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا أهدي لي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فها جلس في بيت أبيه أو بيت أمه فينظر أي هدي له أم لا قال عمر ابن عبد العزيز كانت الهدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم هدية واليوم رشوة ذكره البخاري في الدابة) فانه يخرج القاضي لسماع الدعوى وشهادة الشهود والاشارة اليها (قوله لان في جلوسه وحده

أي سواء كان قريبا أو مهديا قبل القضاء أولم يكن واثاني اما أن يكون قريبا أو من حرت له العادة بذلك أولا والثاني كذلك لانه كل بالقضاء فيتحاماه والاو لا يجوز قبوله ان لم يزد من له العادة على المعتاد وقال الامام نفع الاسلام ان زاد على المعتاد عند ما زاد اما لا بقدر ما زاد في المال لا بأس بقبوله ثم ان أخذ القاضي ما ليس له أخذه ماذا يصنع به اختلاف المشايخ فبعضهم قالوا يضع في بيت المال وعامتهم قالوا يرد على أربابهم ان عرفهم واليه أشار في السير الكبير وان لم يعرفهم أو يعرفهم الآن الرد يتعذر لبعدهم يضعها في بيت المال وحكمه حكم اللقطة وانما يضعها في بيت المال لانه انما أهدي اليه لعمله وهو في هذا العمل نائب عن المسلمين فكانت الهدايا من حيث المعنى لهم

(ولا يحضر القاضي دعوة إلا أن تكون عامة) فيسل وهي ما تكون فوق العشرة وما دونه خاصة وقيل دعوة العرس والختان عامة وما سوى ذلك خاصة وذكر المصنفان الدعوة (٣٧٢) الخاصة هي ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها وهو اختيار

ولا يحضر دعوة إلا أن تكون عامة لأن الخاصة لأجل القضاء فيتهم بالإجابة بخلاف العامة ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قولهما وعن مجرده أنه يجيبه وإن كانت خاصة كالهدية والخاصة ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها قال (ويشهد الجنائز) ويعود المرئض لأن ذلك من حقوق المسلمين قال عليه الصلاة والسلام للمسلم على المسلم ستة حقوق وعندها هذين

واستعمل عمر رضي الله عنه أباه مرة فقدم قال فقال له من أين لك هذا قال تلاحت الهدايا فقال له عمر رضي الله عنه أي عدو الله هلاقت في يديك فتعظروا أي هدي لك أم لا فخذ ذلك منه وجعله في بيت المال وتعليل النبي صلى الله عليه وسلم دليل على تحريم الهدية التي سبها الولاية ولهذا لو زاد المهدي على المعتاد أو كانت له خصومة ذكره عندنا وعند الشافعي هو محرم كالرشوة هذا ويجب أن يكون هدية المستقرض للمقرض كالهدية للقاضي إن كان المستقرض له عادة قبل استقرضه فاهدى إلى المقرض فلامقرض أن يقبل منه قدر ما كان يهديه بلا زيادة (قوله ولا يحضر دعوة إلا إذا كانت عامة) يعني ولا خصومة لأصحاب الولاية العامة (ويدخل في هذا الجواب قريبه) فلا يجيب دعوة إلا إذا كانت عامة ولا خصومة له (وعن مجده يجيب قريبه وإن كانت خاصة) هكذا حكى الخلاف الطحاوي وقال الخلاف يجيب الخاصة لقريبه بخلاف لصلته بالرحم وعلى تقدير الخلاف طوبى بالفرق في القريب بين الهدية قال يقبل منه مطلقا ولم يفصل بين جرى العادة وغيره وفي الدعوة فصل بين العامة والخاصة كذا كرى في المتن قال شيخ الإسلام قالوا ما ذكر في الضيافة محمول على ما إذا كان المحرم لم يجز بينهما الدعوة والمهاداة وصلته القرابة وأحدث بعد القضاء ذلك فإذا كانت الحالة هذه فهو والاجنبى سواء وما في الهدية محمول على أنه كان جرى بينهما المهاداة وصلته القرابة قبل القضاء فإذا أهدي بعد القضاء لأبأس بقوله انتهى فقد آل الحال إلى أنه لا فرق بين القريب والغريب في الهدية والضيفة سوى ذلك إلا مكان الذي قدمناه واختلاف في الخاصة والعامة فقبل ما دون العشرة خاصة والعشرة وما فوقها عامة وقال المصنف (الخاصة) هي (التي لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها) والعامة هي التي يتخذها حضرها القاضي أو لا وعندى أن ما حكى عن القاضي أبي على النسفي وهو أن العامة دعوة العرس والختان وما سواهما خاصة حسن فإن الغالب هو كون الدعوة العامة هاتين وربما ضي عمر ولم يعرف من اصطنع طعاما عاما ابتداء لعامة الناس بل ليس إلا هاتين الخصلتين أو لخصوص من الناس ولأنه أخصب فان معرفة كون الرجل لم يحضر القاضي لم يصنع أو يصنع غير صحيح فانه أمر مبطل وإن كان عليه ملواخ يس كضبط هذا ويكفي عادة الناس في ذلك وعادة الناس هي ما ذكر النسفي والله أعلم وعند الشافعي وأحد يحضر الولائم مطلقا لأنه صلى الله عليه وسلم كان يحضر وهو الذي كان يقضى قلنا كان صلى الله عليه وسلم معلوم العصمة عند الكل لا يضره حضور ولا قبول هدية فلو قد أبعدت (قوله ويشهد الجنائز ويعود المرئض) المراد مرئض لا خصومة له ولا لا يعود وإنما وجب ذلك لما روى مسلم عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى

الله عليه وسلم إن من سبب السرخسي رحمه الله وإطلاق لفظ القدرى لا يفصل بين القريب وغيره وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال مجرده أنه يجيب دعوة القريب وإن كانت خاصة كالهدية وقيل في الفرق لهما بين الضيافة والهدية حيث يجوز قبول هدية ذي الرحم المحرم ولم يجوز بحضور دعوته إن ما قالوا في الضيافة محمول على قريب لم يكن بينهما دعوة ولا مهاداة قبل القضاء وإنما أحدث بعده وما ذكرنا في الهدية محمول على ما إذا كان بينهما مهاداة قبل القضاء صله للرحم وذكر صدر الإسلام أبو اليسر إذا كانت الدعوة عامة والمضيف خصم ينبغي أن لا يجيب للقاضي دعوته وإن كانت عامة لأنه يؤدي إلى إيذاء الخصم الآخر أو إلى التهمة قال (ويشهد الجنائز ويعود المرئض الخ) الحاكم يشهد الجنائز ويعود المرئض لأن ذلك من حقوق المسلم قال صلى الله عليه وسلم للمسلم على المسلم ستة حقوق روى أبو أيوب رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمسلم على المسلم ست

خصال واجبة أن ترك شيئا منها فقد ترك حقًا واجبا عليه إذا دعاه أن يجيبه وإذا مرض أن يعود وإذا مات أن يحضره (ولا وإذا ألقه أن يسلم عليه وإذا مات تسلمه أن يصنع وإذا عطس أن يشمه) كذا في تنبيه الغافلين

(ولا يضيف أحد الخصمين لانه عليه الصلاة والسلام منى عن ذلك) روى عن علي رضي الله عنه أنه قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نضيف الخصم الآن يكون خصمه معه (ولان الضافة والخلوة تورث التهمة) قال (واذا حضر اسوي بينهما الخ) اذا حضر الخصمان بين يدي القاضي فان كان أحدهما من ولاية والاخر فقيرا أو كانا أبوا وبنا يسوي بينهما في (٣٧٣) المجلس فجلسان بين يديه على الأرض لانه لو اجلسهما في جانب واحد كان أحدهما أقرب الى القاضي فتقوت التسوية ولو اجلس أحدهما عن يمينه والاخر عن يساره فكذلك لفضل اليمين ولن خاصر رجل السلطان الى القاضي فجلس السلطان مع الخصم في مجلسه والخصم على الأرض يقوم القاضي من مكانه ويجلس الخصم فيه ويقعد على الأرض ثم يقضى بينهما كي لا يكون مغضلا لأحد الخصمين على الاخر وفيه دليل على أن القاضي يجوز له أن يحكم على من ولاه وكذلك يسوي بينهما في الاقبال وهو التوجه والنظر والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم اذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسو بينهما في المجلس والاشارة والنظر قال (ولا يسار أحدهما ولا يشير اليه) لا يكلم القاضي أحد الخصمين سرا ولا يشير اليه ولا يبدؤا به ولا يجابهه (ولا يلقنه حجة ولا يضحك في وجهه) لان في ذلك كله تهمة وعليه الاحتراز عنها (ولان فيه كسر القلب اذا خرفنيجه عن طلبه حقه فيتركه) وفيه اجترأ من فعل به ذلك على

(ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه) لان النبي صلى الله عليه وسلم منى عن ذلك ولان فيه تهمة قال (واذا حضر اسوي بينهما في الجلوس والاقبال) لقوله عليه الصلاة والسلام اذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسو بينهما في المجلس والاشارة والنظر (ولا يسار أحدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة) للتهمة ولان فيه مكسرة لقب الآخر فيترك حقه (ولا يضحك في وجه أحدهما) لانه يجترئ على خصمه (ولا يجازحهم ولا واحد منهم) لانه يذهب بمهابة القضاء

الله عليه وسلم حق المسلم على المسلم خمس رد السلام وتشهيت العاطس واجابة الدعوة وعبادة المريض واتباع الجنائز واذا استحكمت فانه حله فهذه هي السادسة ورواها ابن حبان وقال فيه واذا عطس فحمد الله يشتمه وروى البخاري في كتابه المغر في الادب من حديث عبد الرحمن بن زياد بن أنعم الا فرقي قال كذا في البحر زمن معاوية فانهم مكرهنا الى مكره أي أبواب الانصاري فلما حضر غداؤنا أرسلنا اليه فانانا وقال دعوتوني وأنا ما فلم يكن لي بد من أن أجيبكم لاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ان للمسلم على أخيه ست خصال واجبة ان ترك شيئا منها فقد ترك حقوا واجبا عليه لانه يسلم عليه اذا لقيه ويحييه اذا دعاه ويشتمه اذا عطس ويعوده اذا مرض ويحضره اذا مات وينصحه اذا استنصحه ولا بد من حمل الوجوب فيه على الاعين من الوجوب في اصطلاح الفقه الحادث فان ظاهره وجوب الابتداء بالسلام وكون الوجوب وجوب عين في الجنائز فالمراد به أمر ثابت عليه أعين من كونه ندبا أو وجوبا بالاصطلاح (قوله ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه) الاخر لما روى ابو يعقوب بن راهويه في مسنده عن الحسن قال جاء رجل فنزل على علي رضي الله عنه فاضافه فلما قال اني أريد أن أحاصم قال له علي رضي الله عنه تحول فان النبي صلى الله عليه وسلم نهانا ان نضيف الخصم الا معه خصمه وكذا رواه عبد الرزاق ثم الدارقطني (ولان فيه تهمة) المبل (قوله) واذا حضر اسوي بينهما في الجلوس والاقبال) لما روى ابو يعقوب بن راهويه في مسنده أنه أخبرنا بقية بن الوليد عن اسمعيل بن عياش حدثني ابو بكر التميمي عن عطاء بن يسار عن أم سلمة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليسو بينهما في المجلس والاشارة والنظر ولا يرفع صوته على أحد الخصمين أكثر من الآخر وأخرجه الدارقطني في سننه عن عباد بن كثير عن عبد الله بن عطاء بن يسار عن أم سلمة عن النبي صلى الله عليه وسلم من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهما في خطفه وشارته ومعه وروى عن عمر رضي الله عنه انه كتب الى ابي موسى عبد الله بن قيس الاشعري ان أس بن الناس في وجهك وذلك ومجلسك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا يباأس ضيف من عدلك (ولا يسار أحدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة) للتهمة ولان فيه مكسرة لقب الآخر فيترك حقه ولا يضحك في وجه أحدهما لانه يجترئ بذلك على خصمه ولا يجازحهم ولا واحد منهم لانه يذهب بمهابة القضاء والمستحب باتفاق أهل العلم أن يجلسهما بين يديه ولا يجلس أحدهما عن يمينه والاخر عن يساره لان لليمين فضلا ولذا كان صلى الله عليه وسلم يخص به أبا بكر دون عمر وفي أي داود أن عبد الله بن الزبير خاصه عمرو بن الزبير الى سعيد بن العاص وهو على السرير قد اجلس عمرو ان الزبير على السرير فلما جاء عبد الله بن الزبير وسعه له سعيد من شقه الاخر فقال هنا فقال عبد الله الأرض اذا لم يكن المريض من المتخاصمين اما اذا كان منهم فلا ينبغي أن يعود لان ذلك يؤدي الى اذاء الخصم الاخر والى التهمة قال عليه السلام على المسلم لانه ستة حقوق ان ترك شيئا منها فقد ترك حقوا واجبا عليه اذا دعاه أن يحييه واذا مرض أن يعود واذا مات أن يحضره واذا لقيه أن يسلم عليه واذا استنصحه أن ينصحه واذا عطس أن يشتمه (قوله ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه) فيه اشارة الى انه لو اضافها جميعا فليس به بأس وفي

خصمه (ولا يجازحهم ولا واحد منهم) لانه يذهب بمهابة القضاء وينبغي أن يعين بين يديه وجلا عن الناس عن التقدم بين يديه في غير وقته ومنعهم عن اساءة الادب ويقال له صاحب المجلس والشرط والعريف والجلوا من الخلوة وهي المنع ويكون معه سوط يجلس الخصمين بمقدار ذراعين من القاضي ويمنع من رفع الصوت في المجلس

قال (ويكره تلقين الشاهد) ومعناه أن يقول له أشهد بكذا وكذا وهذا لأنه إغارة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم واستخسره أبو يوسف رحمه الله في غير موضع التهمة لأن الشاهد قد يحصر له بأية المجلس فكان تلقينه أحباء الحق بمنزلة الأشخاص والتكفيل

الأرض قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم أو قال سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يجلس الخصمان بين يدي القاضي وفي النوازل والفتاوى الكبرى خاصم السلطان مع رجل فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه ينبغي للقاضي أن يقوم من مقامه ويجلس خصم السلطان فيه ويقعد هو على الأرض ثم يقضي بينهما ما به هذه المسئلة يظهر أن القاضي يصلح قاضياً على السلطان الذي ولاه والدليل عليه قصة نشر مع على فانه قام فاجلس عليه رضى الله عنه بمجلسه وينبغي للخصمين أن يجثوا بين يديه ولا يترعان ولا يقعدان ولو فعل ذلك منعهما القاضي تعظيماً للحكم كما يجلس المتعلم بين يدي المعلم تعظيماً له فيكون بعدهما قدر ذراعين أو نحو ذلك من غير أن يرفعاً أصواتهما ويسند القاضي ظهره إلى الحراب وهذا رسم زماننا قالوا وهو أحسن لأنه موافق لعقله صلى الله عليه وسلم أما في زمن الخصاص وغيره فكان القاضي يجلس مستقبل القبلة وهو مستحب عند الأئمة الثلاثة ويقف أعوان القاضي بين يديه ليكون أهيب وإذا حضر القاضي بالخيار أن شاء ابتداء فقال ما ليكم وإن شاء تركها حتى يتدناهما بالنطق وبعض القضاة يختار السكوت ولا يكلمهما بشئ غير ما بينهما فإذا تكلم المدعى أسكت الآخر حتى يفهم محنته لأن في تكلمهما معا شغباً وقلة حشمة للمجلس القضاء ثم يستنطق الآخر ولم يسأل المدعى ذلك وقيل لا إلا بعد سؤال المدعى بأن يقول أسأله لئلا يتفكر في الدعوى لتظهر له محنتها والآخر قال ثم فصح دعواؤه وإذا بحث الدعوى يقول فإذا تريد أن أصنع فإن قال أريد جوابه سألته والأصح عندنا أنه يستنطقه ابتداء للمعلم بالمقصود وإذا كانت الخصومة بين النساء والرجال فلا بد من تقدمهن معهم واختار محمد أن يقدم الدعوى الأولى فالأول ويضع على ذلك أمينا لا يرتشى يعرفه السابق وليكره على باب القاضي ولا يكون عنده طمع ولو أشكل السابق يقرع بينهما ولا يستعمل على الخصوم بل يتهم معهم فإن بالجملة تنقطع الحجة ويذهل عنها ولهذا لا يخوفهم فيكون مهيباً بالتحافة الناس وأنكر الأئمة ما رأوا من أخذ بواب القاضي شيلاً لئلا يكتن من الدخول وهو يعلم فلو هذا فساد عظيم ليس لاحد أن يمنع أحداً من التقدم إلى باب القاضي في حاجته والماخوذ على ذلك رشوة مجرمة وعلى هذا يقاس حال الذي يسمى في زماننا ققيب القاضي قيل وينبغي أن يقوم بين يديه إذا جلس للمحكم رجل يمنع الناس من التقدم إليه مع سوط يقال له الجواز وصاحب المجلس يقيم الخصوم بين يديه على البعد والشهود بقرب من القاضي وأعلم أن القيام بين يدي القاضي للخصومة لم يكن معروفاً بل أن يجلسهم على ما ذكرنا فلهذه أيضاً من المحدثات لمناقبه من الحاجة إليه وعن ابن عمر رضي الله عنهما أنه كان إذا سافر استعصم جلاسي الأدب فقبل له في ذلك فقال أما علمت أن الشر بالشر يدفع والمقصود أن الناس مختلفوا الأحوال والأدب وقد حدث في هذا الزمان أمور وسفهاء فيعمل بمقتضى الحال مراد به الخبير لا حشمة النفس المؤدى إلى الإحجاب ولا حول ولا قوة إلا بالله ويستحب أن يكون فيه عسبة بلا غضب وأن يلزم التواضع من غير وهن ولا ضعف ولا يترك شيأ من الحق ويتخذ كاتباً أميناً صالحاً يكتب المحاضر والسجلات عارفاً بما كي لا يقع السجل فاسداً بالاخلال ببعض الشروط كما هو مذكور في كتاب السجلات والمحاضر ويقعد حيث يرى ما يكتب ويكتب خصومة كل منهما وشهادة شهودهما في صحيفة وهي المحضر في عرف الفقهاء بخلاف عرف العادة اليوم بمصر (قوله ويكره تلقين الشاهد) وهو أن يقول له القاضي كلاماً يستغديه الشاهد علماً عليه الأئمة الثلاثة وعن أبي يوسف وهو وجه للشافعي لا بأس به أن استولته الخبرة أو الهيبة فترك شيأ من شرائط الشهادة فيعينه بقوله أشهد بكذا وكذا بشرط كونه (في غير موضع التهمة) أما فيها بان ادعى المدعى ألفاً وخمس مائة والمدعى عليه ينكر الخمسمائة وشهد الشاهد بالف

المبسوط لا ينبغي أن يضيف أحد الخصمين إلا أن يكون خصمه معه

قال (ويكره تلقين الشاهد الخ) تلقين الشاهد هو أن يقول القاضي ما يستغديه الشاهد علماً بما يتعلق بالشهادة مثل أن يقول أشهد بكذا وكذا مكره لأنه إغارة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم وهو قول أبي يوسف الأول ثم رجع واستحسن التلقين رخصته في غير موضع التهمة لأن القضاء مشروع لأحباء حقوق الناس وقد يحصر الشاهد عن البيان لمهابة مجلس القاضي فكان في التلقين أحباء للحقوق بمنزلة الأشخاص والتكفيل وأما في موضع التهمة مثل أن ادعى المدعى ألفاً وخمس مائة والمدعى عليه ينكر الخمسمائة وشهد الشاهد أن بالالف فالقاضي إن قال يحتمل أنه أراه من الخمسمائة واستفاد الشاهد علماً بذلك ووفق في شهادته كما وفق القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق وتاخير قول أبي يوسف يشير إلى اختيار المصنف رحمه الله والأشخاص هو إرسال الرجل لاحضار الخصم

(قوله تلقين الشاهد الخ) قوله مكره لأنه إغارة الخ) أقول تلقين الشاهد مبتدأ وقوله مكره خبره

* (فصل في الحبس) *

فيعول القاضي يحتمل أنه أبرأه من الخصم وأنه واستفاد الشاهد بذلك علما فوق به في شهادته كما فوق
القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق يكفي ثلثين أحدا الخصمين وفي الميسوط ما قاله عزيمه لان القاضي منبى عن
اكتساب ما يجبر اليه ثم حمة الميل وتلقين الشاهد لا يخلو منه وقول أبي يوسف رخصة فانه لما ابتلى بالقضاء
شاهد الحصر عند أداء الشهادة لان مجلس القضاء مهاب فيضيع الحق اذ لم يعنه على أداء الشهادة
ويحصر مضارع حصر من باب علم اذا امتنع عليه وضاق صدره به وتقدمت هذه اللفظة في كتاب الصلاة وأيضا
أمر باكرام الشهود فان الله يحبيهم الحقوق وهذا التلقين انه تواكرا من حيث لا ينسب اليه القصور وقوله
بمنزلة الاشخاص هو ارسال شخص لى اني بخصمه يقال شخص من بلد الى بلد اذا ذهب من حدم منع قبل وناخير
قول أبي يوسف وتسميته بالاستحسان دليل على انه مختار المصنف وهذا بناء على أن قوله استحسنه معناه دليل
الاستحسان الاصطلاحى وقد لا يلزم ويكفى كونه أخر دليه في ذلك وفي فتاوى قاصحان لا ينبغي للقاضي أن
يسمع ويشترى بنفسه بل يفرض ذلك الى غيره وبه قالت الأئمة الثلاثة وعن أحمد يتخذ وكيله لا يعرف أنه وكيل
القاضي تجوز ان الهابة بشرط شريح على عمر حيز ولاه أن لا يبيع ولا يشتري ولا أرتشى وقال بعض أشياخ
المالكية ينبغي للقاضي أن يرتفع عن طلب العواري من المساعون والدابة وما أشبه ذلك وعن محمد لا بأس أن
يسمع ويشترى في غير مجلس القضاء وينبغي للخصوم اذا وصلوا أن لا يسلموا على القاضي فاذا سلموا لا يجب على
القاضي رد سلامهم فان رد يقتصر على قوله وعليكم و يخرج في أحسن نياه والله الموفق

* (فصل في الحبس) * أحكام القضاء كثيرة فذكر منها ما ذكره من الحبس الا أنه اختص بأحكام كثيرة فافرده
بفعل على حدته والحبس مشروع بالكتاب لانه المراد بالحبس المسد كور بقوله تعالى أو ينقوا من الارض
وبالسنة على ما سلف أنه صلى الله عليه وسلم حبس رجلا في تم حمة وذكر الخصاص ان ناسا من أهل الجواز اقتلوا
فقتلوا بينهم قتيلا فبعث اليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حبسهم ولم يكن في عهده صلى الله عليه وسلم وأبي بكر
حين انما كان يحبس في المسجد والدليل حتى اشتري عمر رضي الله عنه دارا بمكة باربعة آلاف درهم واتخذ
محبسا وقيل بل لم يكن في زمن عمر ولا عثمان أيضا الى زمن علي رضي الله عنه فبناه وهو أول سجن بني في الاسلام
قال في الفتاوى ان عليا بنى سجنان قصب فسماه نافعان فقبه الاصوص وتسبب الناس منه ثم بنى سجنان من مدر
فسماه مخيسا وفي ذلك يقول علي رضي الله عنه

ألا تراني كيسيما مكيسا * بنيت بعد نافع مخيسا * بابا حصينا وأمينيا كيسا

والخمس موضع التخيس وهو التذليل والكيس حسن التاني في الامور والمكيس المنسوب الى الكيس
وأراد بالامين السجان الذي نصبه فيه والمحبوس في الدين لا يخرج لصوم رمضان ولا لعيد ولا لجمعة ولا لصلاة
جماعة ولا لحج فريضة ولا لحضور جنازة بعض أهله ولو أعطى كفيل بنفسه لانه شرع ليضجر قلبه فيسارع
للقضاء ولهذا قالوا ينبغي أن يكون موضعنا حشا ولا يسهل له فراش ولا وطاء ولا يدخل له أحد يستأنس به
وقيل يخرج بكفيل لجنازة الوالدين والاجداد والجدات والاولاد وفي غيرهم لا وعليه الفتوى وفيه نظر لانه
ابطال حق آدمي بلامو جب وموت الاب ونحوه غير مبطل بنفسه نعم اذ لم يكن له من يقوم بحقوق نفسه فعل
ذلك وسئل محمد بن اذامات والده أيجزج فقال لا ولو مرض في السجن فأضناه ان كان له خادم لا يخرج حتى
يموت وان لم يكن له خادم يخرج لانه قد يموت بسبب عدم المرض ولا يجوز أن يكون الدين مفضيا لتسبب في
هلاكه واحتاج الى الجماع تدخل زوجته أو جاريته فيعطوا حاجته لا يطالع عايبه وقيل يمنع منه لان الجماع
ليس من الحوائج الاصلية ولا يمنع من دخول أهله وجيرانه لاسلام عايبه لانه قد يفتنى الى القصور ومن الايقام
بشورهم ورأيهم ويمنعون من طول المكث والمال غير مقدري الحبس فيحبس في الدرهم ومادونه لان

* (فصل في الحبس) *

* (فصل في الحبس) *

لما كان الحبس من أحكام
القضاء وتعلق به أحكام
أفرده في فصل على حدة
وهو مشروع بقوله تعالى
أو ينقوا من الارض فان
المراد به الحبس والسنة
وهو ما روي أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم حبس
رجلا بالتهمة فخلاله لم يكن
في زمان النبي صلى الله عليه
وسلم وأبي بكر وعمر وعثمان
رضي الله عنهم سجن وكان
يحبس في المسجد والدليل
حيث أمكن ولما كان زمن
علي رضي الله عنه أحدث
السجن بناء من قصب

* (فصل في الحبس) *

قوله وهو ما روي أن رسول
الله صلى الله عليه وسلم حبس
رجلا الخ أقول وقد مر
ذلك من المصنف في أوائل
كتاب الحدود

وسماه ما فاعانقبيه الاصوص فبسي تبعتها من مدر فسماء نجسها ولان القاضي نصب لايصال الحقوق الى مستحقها فان امتنع المطالب من أداء حق الطالب لم يكن للقاضي بد من أن يجبره على الاداء ولا خلاف أن لاجبر بالضرب فيكون بالحبس أولى قال (واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه الخ) اذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه فلا يخلو اما أن يثبت بالاقرار أو بالبيينة فان كان الاول لم يجعل بالحبس وأمره بدفع ماعليه لان الحبس جزء المماطلة فلا بد من ظهور رها و اذا ثبت الحق باقراره لم يظهر كونه مماطلا في أول الامر لان من يحتج أن يقول ظننت أنك تمهلي فلم أستعجب المال فان أبيت أو فيك حقت فان امتنع بعد ذلك فقد ظهر مطاله فحبس وان كان الثاني حبسه كجاسق لظهور المماطلة بانكاره وروى عن شمس الأئمة السر حسي رحمه الله عكس ذلك ووجهه أن الدين اذا ثبت بالبيينة كان له أن يعتذر و يقول ماعلمت له ديناً على فاذا علمت الآن لا أنواني في قضائه ولا يمكنه مثل هذا الاعتذار في فصل الاقرار والمسال غير مقدور في حق الحبس بحبس في الدرهم ومادونه لان مانع ذلك ظالم فيجاري به والمحبوس في الدين لا يخرج لمجي ومضان والقطر والاصحى والجمعة و صلاة مكتوبة وتوجه فريضة وحضور جنازة بعض أهله وموت والده وولده اذا كان ثمة من يكفنه ويغسله لان حقوق الميت تصير مقامة بغيره وفي الخروج تفويت حق الطالب بخلاف (٣٧٦) ما اذا لم يكن ذلك لانه لزم القيام بحق الوالدين وليس في هذا القدر من الخروج

قال (واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يجعل بحبسه وأمره بدفع ماعليه) لان الحبس جزء المماطلة فلا بد من ظهور رها وهذا اذا ثبت الحق باقراره لانه لم يعرف كونه مماطلا في أول الوهلة فاعله طمع في الامهال فلم يستعجب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه اظهر ومطله أما اذا ثبت بالبيينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره قال (فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كتمن المبيع أو التز به بعقد كالمهر والكفالة) لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناه به واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر على أدائه والمراد بالمهر مجمله دون مؤجله

كثير ضرر للطالب وان مرض وله خادم لا يخرج لانه شرع ليضجر قلبه فيستارع الى قضاء الدين وبالمرض يزاد الضجر وان لم يكن له خادم أخرجه لانه اذا لم يكن له من يرضه

ظلمه يتحقق بمنع ذلك (قوله) واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يجعل بحبسه حتى يأمره بدفع ماعليه لان الحبس جزء المماطلة) بقوله صلى الله عليه وسلم لم الواجد يحل عرضه وعقوبته رواه أبو داود وفسر بسدائه بن المبارك احلال عرضه باغلاط القول له وعقوبته بالحبس (فلا بد من ظهور المماطلة) ولم تظهر بمجرد ثبوت الحق بالاقرار (اذ اعله طمع في الامهال فلم يستعجب المال) وانما يظهر اذا أمره بعد اقراره فامتنع (أما اذا ظهر بالبيينة فحبسه كما ظهر لظهور المماطلة بانكاره) وفي الفوائد الظهيرية وعن شمس الأئمة السر حسي عكس هذا وهو أنه اذا ثبت بالبيينة لا يحبس لاول وهله لانه يعتذر بانى ما كنت أعلم أن على دينه بخلافه بالاقرار لانه كان عالما بالدين ولم يقضه حتى أحوجه الى شكواه وعلى قول الخصاص لا يحبس حتى يأمره في الاقرار والبيينة (قوله فان امتنع) أى بعد أمره بقضائه (حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كالمقرض) (ثمن المبيع) أو التز به بعقد كالمهر والكفالة لانه اذا ثبت المال في يده ثبت غناه به والمراد بالغنى القدرة على الايلاء والا فالدين قد يكون دون النصاب ويحبس به يعنى اذا دخل المال في يده ثبت قدرته على ايفائه ومالم يكن بدل مال لكنه لزمه عن عقد التز به كالمهر والكفالة لان اقدامه على مباشرة ما يلزم ذلك المال دليل القدرة عليه فيحبسه ولا يسمع قوله انى فقير لانه كالمناقض لوجود دلالة اليسار

و بما عوت بسببه وهو ليس يستحق عليه ولو احتاج الى الجماع دخلت عليه زوجته أو جاريته فبطوهما حيث لا يطلع عليه أحد لانه غير ممنوع عن قضاء شهوة البطن فكيف شهوة الفرج وقبل الوطء ايس من أسول الخواش فيجوز أن يمنع بخلاف الطعام ولا يمنع من دخول أهله وجيرانه عليه ايشا وروهم في قضاء الدين و يمنعون من طول المكث عنده قال (فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا الخ) فان امتنع الغريم عن أداء ماعليه حبسه اذا طالب

الخصم ذلك كما مر ولا يساله عن غناه وفقره فان ادعى الاعسار أو أنكر المدعى اختلاف المشايخ في قبول دعواه فقال بعضهم كل دين لزمه بعقد كالتن والمهر والكفالة فالقول فيسه قول المدعى وقد ذكر القدر ورى هذا القول بقوله حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كتمن المبيع أو التز به بعقد كالمهر والكفالة واستدل المصنف على ذلك بقوله لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناه به وزواله عن المال يحتمل والثابت لا يترك بالمحتمل وبقوله واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا بما يقدر على أدائه وهذا يوجب التسوية بين ما كان بدلا عن مال وبين ما لم يكن يخرج عنه مالم يكن ديناً مطالقا كالغنى وغيرها كما سنده والمراد بالمهر مجمله دون مؤجله لان العادة جرت بتسليم المجل

(قوله فسماء نجسها) أقول حبس نجسها ذلله فتجسس بالخاء المحجمة قال في القاموس نجس كعظم انترى قال في النهاية النجس بالكسر رأى المذلل من العريس وهو التذليل وروى بفتح الباء وهو موضع التجنيس وهو الذى اختاره في المغرب (قوله فقال بعضهم كل دين لزمه بعقد الخ) أقول العقد قول يكون له حكم المستقبل فلا عقد في صورة التعاطى فلهذا قابل القدر ورى ما التزمه بعقد بما لزمه بدلا عن مال فتأمل

فكان اقدمه على الشكاح دليل على قدرته قال القدوري (ولا يجسبه فيما سوى ذلك) يعني ضمان الغصب وأرش الجنابات (إذا قال انى فقير) لأنه لم توجد دلالة اليسار فيكون القول قول المدعى عليه (الآن ثبت المدعى أن له مالا بينة فيجسبه وروى الخصاصف عن أصحابنا رجهم الله أن القول قول المدعى عليه في جميع ذلك) أى فيما كان بدلا عن مال وما لم يكن (لأن الأصل هو العسرة) إذا ادعى بولد ولا مال له والمدعى يدعى عارضا والقول قول من تمسك بالأصل حتى يظهر خلافه فكان القول قول المدعى مع عبته (وبروى أن القول قوله إلا فيما بدله مال) وهو مروى عن أبي حنيفة وأبي يوسف رجهم الله لأنه عرف دخول شيء في ملكه وزواله فحتمل فكان القول للمدعى وما لم يكن بدله مالا كالمهر وبدل الخلع وما أشبه ذلك فالتقول فيه قول المدعى عليه لأنه لم يدخل في ملكه شيء ولم يعرف قدرته على القضاء فبقى متمسكا بالأصل وهو العسرة فذلك ثلاثة أقوال وفي المسئلة قولان آخران أحدهما أن كل ما كان سبيله سبيل (٢٧٧) البر والصلة فالقول فيه قول المدعى عليه

كفى نفقة المحارم والآثر

ان يحكم الزى ان كان زى

الفقره كان القول له

وان كان زى الاغنياء

كان القول للمدعى الا فى

أهل العلم والاشراف

كالمعزولة والعباسية فانهم

يتكافون فى الزى مع

حاجتهم حتى لا يذهب ماء

وجههم فلا يكون الزى

فيهم دليل اليسار وقوله

(وفى النفقة) بيان ما هو

المحفوظ من الرواية كما

فى كتاب الشكاح ان المرأة

إذا ادعت على زوجها أنه

موسر وادعت نفقة

الموسرين وادعى الزوج

أنه معسر وعليه نفقة

الموسرين فالقول قول

الزوج وفى كتاب العتاق

أن أحد الشرى يكن إذا

أعتق نصيبه من العبد وزعم

أنه معسر كان القول قوله

وهان مسئلتان محفوظتان

تؤيدان القولين الأخيرين

أما تأييدهما للذى

قال (ولا يجسبه فيما سوى ذلك) إذا قال انى فقير الآن ثبت غريمه ان له مالا فيجسبه (لأنه لم توجد دلالة اليسار فيكون القول قول المدعى عليه الدين وعلى المدعى اثبات غناه وروى أن القول لمن عليه الدين في جميع ذلك لأن الأصل هو العسرة وروى أن القول له إلا فيما بدله مال وفى النفقة القول قول الزوج انه معسر وفى

(ولا يجسبه فيما سوى هذين) النوعين (إذا قال انى فقير الآن ثبت غريمه أن له مالا فيجسبه) حينئذ (لأنه وجد دلالة اليسار) أى قدرته على الدين المدعى به هكذا ذكر فى الكتاب (وبروى أن القول لمن عليه في جميع ذلك) أى فيما كان بدلا عن مال ولزمه بعقد أو حكمة لفعاله لا لعقد كالاتلاف وضمنان الغصب وهو قول الخصاصف (لأن الأصل هو العسرة) فى حق كل أحد لأنه خلق عديم المال ولهذا قال إذا ثبت الحق فلا يجسبه حتى يسأله ألك مال أولا فان قال لا لم يخلقه فان كل حبسه وان حلف أطلقه الا أن يقيم المدعى البينة على قدرته وعندنا يجسبه ولا يسأله فان قال أنا فقير حينئذ ينظر (وبروى أن القول له) أى للمدعى (الإفمادله مال) كالقرض وضمن المبيع بخلاف المهر والكفالة فان القول فيها قول المدعى وأسبب الخصاصف هذا القول لابي حنيفة وأبي يوسف ومن العلماء من قال يحكم الزى ان كان زى الفقراء فالقول قوله فى الفقر الآن ثبت المدعى قدرته وان كان زى الاغنياء فالقول للمدعى انى الفقهاء والعلماء والعلماء لا يحكم الزى فيهم لانهم يتكافون فى اباسهم مع فقرهم وحاجتهم وعلى هذا القول لو كان على المطالب زى الفقراء فادعى المدعى أنه غير زيه وقد كان عليه زى الاغنياء قبل أن يحضر مجلس الحكم فان القاضى يسأل المدعى البينة على ذلك فان أقام البينة أنه كان عليه زى الاغنياء جعل القول قول المدعى فان لم يقدر على البيان حكم زيه فى الحال فيجعل القول قول المدعى وكما تعارضت بينة اليسار والاعسار قدمت بينة اليسار لان معها يادفع الله الام لان يدعى المدعى أنه موسر وهو يقول أعسرت بعد ذلك وأقام بينة بذلك فانها تقدم لان معها علم بأمر حادث وهو حدوث ذهاب المال ثم ذكر المصنف مسئلتين محفوظتين نصاعن أصحابنا بخلاف أحدهما أن المرأة إذا ادعت أنه موسر لتأخذ نفقة اليسار وقال انه معسر ليعطى نفقة الاعسار أن القول للزوج والثانية أحد الشرى يكن إذا أعتق نصيبه وزعم أنه معسر فلا يضمن للساكت شيئا ولكن يستسعى العبد وقال شرى يكتبه بل موسر ليضمنه كان القول قول المعتق قال المصنف

(قوله وروى أن القول لمن عليه في جميع ذلك) وهو اختيار الخصاصف رحمه الله وروى أن القول له إلا فيما بدله مال وهو اختيار أبي عبد الله البخارى وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف رجهم الله ما الله ويؤيد هذين القولين مسئلتان أحدهما ان المرأة إذا ادعت على زوجها أنه موسر وادعت نفقة الموسرين وادعى الزوج انه معسر وعليه نفقة المعسرين فالقول للزوج انه معسر متمسكا بالأصل وثانيتها

(٤٨ - (فتح القدير والكفاية) - سادس) كان القول فيه لمن عليه في جميع ذلك فلأنه جعل القول قول الزوج والمولى

(قوله يعنى ضمان الغصب) أقول فيه ان ضمان الغصب دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده فوجد فيه دليل اليسار فينبغى أن يكون القول قول المدعى كما صرح به فى البدائع وجوابه أن وضع المسئلة فيما ذاء ثبت هلاك المصوب أو غصبه منه عند القاضى ومافى البدائع فيما ذاباعه لا يخ مثلاً (قوله والمدعى يدعى عارضا الخ) أقول ولا يخفى أن العارض ثبت بدله الذى ذكره المصنف أنفاً والأصل ابقاؤه حتى يظهر خلافه (قوله ويعرف قدرته على القضاء) أقول بل علم بأقدامه على التزمه باختباره (قوله فلأنه جعل القول قول الزوج الخ) أقول لا يخفى أن ما ذكره مغالطة متبذرها اشتراك لفظ اليسار والعسارين المعنيين فان المراد باليسار فى قواهم وأقدامه عن التزامه باختباره دليل يساره وهو القدرة

مع أنهم ما باشر عقد النكاح والاعتاق فلو كان الصحيح ما ذكر أولاً كان القول قول المرأة والشرىك الساكت في دعوى اليسار وأما تأييدهما للذي كان القول لمن عليه الأفيما بدله مال فلأنه لما لم يكن بدل المهر وبدل ضمان الاعتاق ما لا يجعل القول قول من عليه فعلم أن الصحيح هو القولان الأخيران وقوله (والخبر صحيح على ما قال في الكتاب) يعني القدر في جواب عن المسئلةين نصرة للمدعي كونه فيه وتقر برأيه أي النفقة على تأويل الانفاق ليس بدین (٣٧٨) مطلق بل فيه معنى الصلة ولهذا تأسس طهارة الموت بالانفاق وقد تقدم أن الدين الصحيح

هو ما لا يسقط الإبراء من له أو بإيقاع من عليه وكذا ضمان الاعتاق عند أبي حنيفة رحمه الله وجبته لا يرد نقضاً على ما في الكتاب وهو قوله بحسبه في كل دين لزمه بدلا على مال أو التزمه بعقد لأن المراد بالدين هو المطلق منه أذبه يحصل الاستدلال على القدرة لأنه إذا علم أنه لا يحصل انخلاص منه في حياته ومماته من جهة إلا بالإبقاء وأقدم عليه دل على أنه قادر عليه ثم فيما كان القول فيه قول المدعي أنه مالا أو ثبت ذلك عليه بالبينة فيما إذا كان القول قول من عليه بحسبه الحاكم شهرين أو ثلاثة ثم يسأل بحسبه إمرانه وأهل خبره عن يساره وأمساره أما الحبس فلظهور طلبه بالطل في الحال وأما توفيقه فلأنه لا يظهر ماله أن كان يخفيه فلا بد من مدة ليغيب هذه الفائدة فقد روي ما ذكر

اعتراف العبد المشترك القول للمعتق والمسئلان تؤيدان لقولين الأخيرين والخبر صحيح على ما قال في الكتاب أنه ليس بدین مطلق بل هو صلة إحتي تسقط النفقة بالموت على الانفاق وكذا عذر أبي حنيفة رحمه الله ضمان الاعتاق ثم فيما كان القول قول المدعي أن له مالا أو ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه بحسبه شهرين أو ثلاثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور طلبه في الحال وانما بحسبه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد من (والمسئلان تؤيدان القولين الآخرين) يعني قول القائل القول لمن عليه في جميع ذلك وقول القائل القول لمن عليه الأفيما بدله مال أما تأييدهما الأول فلأنه جعل القول قول الزوج والمعتق فلو كان الصحيح المذكور أولاً كان القول للمرأة والشرىك الساكت في دعوى اليسار وأما تأييدهما الثاني فلأنه لما لم يكن بدل المهر وبدل العتق ما لا يجعل القول قول من عليه فعلم بهذا أن الصحيح هو القولان الأخيران وكذا في النهاية ومنهم من استروح في الأول فقال أما تأييدهما لقول من قال القول له في جميع ذلك فظاهر وذكري الثاني ما ذكر في النهاية ولا يخفى أنهما يبطلان القول المفصل في الكتاب بين كون الدين ملتزماً بمال أو بعقد فلا يكون القول للمطلوب وكونه بخلافه ما لا يقول للمطلوب فإن البذل فيه ما ملتزم بعقد أو شبهه وهو الفعل الحسن الموضوع سبباً أعني العتق وتؤيدان القول الأخير وهو أن القول للمدعي الأفيما بدله مال فإن البذل في المسئلة ليس ما لا يجعل القول للمدعي بل يؤيدان القول بان ما بدله ليس بمال يكون القول فيه للمطلوب وان التزمه بعقد ثم هذه الثانية باعتبار صدقها مع جزء كل من القولين بمطابقة كل منهما ما هو أنه يفيد الشمول والأفلم يلزم من كون القول للمطلوب فيما إذا التزم بعقد أو البذل ليس بمال كون القول له في جميع الديون فما في النهاية والدراية وغيرهم من قوله بعد توجيه التأييد فكان الصحيح هو القولان تساهل ظاهر وكيف يمكن أن يجمع بينهما في الصحة وهما متباينان فان كون القول للمطلوب في السكك إذا كان هو الصحيح لا يكون المفصل بين كون بدله الدين مالا فالقول للمدعي أو غير مالا فالقول للمطلوب صححاه الذي لا شبهة فيه انما يبطلان القول المذكور في الكتاب ليس غير وأجاب المصنف عن الإبطال المذكور بأن دين النفقة وضمنان العتق ليس بدین مطلق بل هو صلة واجبة ولذا سقطت النفقة بالموت بالاتفاق وكذا ضمان الاعتاق عند أبي حنيفة وهذا معنى قوله (والخبر صحيح على ما قال في الكتاب الخ) فلم يرد انقضاء جميع قول الكتاب المفصل على قوته وثبوته (ثم فيما) إذا كان القول قول المدعي أن له مالا أو ثبت ذلك بالبينة بحسب (المدعيون) شهرين أو ثلاثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور والمطالبة ثم انما بحسبه مدة ليظهر ماله) فيؤدى ما عليه (فلا بد

أن أحد الشرىكين إذا عتق العبد المشترك وزعم أنه معسر فالقول للمعتق فهاتان المسئلان تحالغان القول الأول لأن فيهما التزاماً ما إذا قدمه على النكاح والاعتاق أماره قدرته على النفقة والضمنان كفي المهر والكفالة (قوله والخبر صحيح على ما قال في الكتاب) يعني تخريج هاتين المسئلتين على وجه لا يردان نقضاً على ما قال في الكتاب في ظاهر الرواية بحسبه في كل دين لزمه بدلا عن مال أو التزمه بعقد أن الحبس فيما يكون ديناً على المدعي عليه مطلقاً وفي هاتين المسئلتين النفقة ليست بدین مطلقاً حتى يسقط بالموت بالاتفاق وكذا ضمان الاعتاق عند أبي حنيفة رحمه الله (قوله بحسبه شهرين أو ثلاثة) وهو رواية محمد عن أبي حنيفة رحمه الله في

هو ما لا يسقط الإبراء من له أو بإيقاع من عليه وكذا ضمان الاعتاق عند أبي حنيفة رحمه الله وجبته لا يرد نقضاً على ما في الكتاب وهو قوله بحسبه في كل دين لزمه بدلا على مال أو التزمه بعقد لأن المراد بالدين هو المطلق منه أذبه يحصل الاستدلال على القدرة لأنه إذا علم أنه لا يحصل انخلاص منه في حياته ومماته من جهة إلا بالإبقاء وأقدم عليه دل على أنه قادر عليه ثم فيما كان القول فيه قول المدعي أنه مالا أو ثبت ذلك عليه بالبينة فيما إذا كان القول قول من عليه بحسبه الحاكم شهرين أو ثلاثة ثم يسأل بحسبه إمرانه وأهل خبره عن يساره وأمساره أما الحبس فلظهور طلبه بالطل في الحال وأما توفيقه فلأنه لا يظهر ماله أن كان يخفيه فلا بد من مدة ليغيب هذه الفائدة فقد روي ما ذكر

على الإبقاء ولا كذلك في النفقة (قوله مع أنهم ما باشر عقد النكاح والاعتاق) أقول أنت خير بآن الالتزام

في صورة الاعتاق موقوف على ثبوت يسار المعتق فلا يدل الاعتاق مجرداً على الالتزام فلا نقض (قوله بدل المهر) أقول ان الظاهر أن يقول بدل النفقة (قوله فعلم أب الصحيح هو القولان الأخيران) أقول كيف يجتمعان على الصحة وهما متباينان الآن يقال المراد أن الصحيح لا يعدو ههما لأن كلامهما صحيح (قوله أي النفقة على تأويل الانفاق ليس بدین مطلق بل فيه معنى الصلة) أقول الانفاق لا يكون ديناً فلا وجه لهذا التاويل والاصوب أن يقال على تأويل الدين وان يرجع الضمير إلى كل من النفقة وضمنان الاعتاق (قوله وقد تقدم أن الدين الصحيح الخ) أقول في الكفالة

و روى غير التقدير بشهرين أو ثلاثة أشهر بشهر وهو اختيار الطحاوي لأن مادونه عاجل والشهر أجل قال تميم الائمة الحلواني وهو أرفق
 الاقاويل في هذا الباب وروى الحسن عن أبي حنيفة أو بعه أشهر إلى ستة أشهر والصحيح أن شيئاً من ذلك ليس بتقدير بل هو مفوض إلى
 رأي القاضى لاختلاف أحوال الأشخاص فيه فمن الناس من يضجر في السجن في مدة قليلة ومنهم من لا يضجر كثير ضجر عقدة دار تلك المدة التي
 ضجر الآخر فان وقع في رأيه أن هذا الرجل يضجر بهذه المدة ويظهر المال أن كان له ولم يظهر سأل عن حاله بعد ذلك فان سأل عنه فقامت بيعة
 على عسرة أخرى أخرجه القاضى من الحبس ولا يحتاج في البيعة إلى لفظة الشهادة والعدد بل إذا أخبر بذلك ثقتة على بقوله والاثنان أحوط إذا لم
 يكن حال منازعة أما إذا كانت كما إذا ادعى المطلوب الاعسار والطالب اليسار فلا بد من إقامة البيعة فان شهد شاهدان أنه معسر حتى سبيله وليس
 هذا شهادة على النفي لأن الاعسار بعد اليسار أمر حادث فتكون الشهادة بامر حادث لا بالنفي وإن استخلف المطلوب الطالب على أنه لا يعرف أنه
 معسر حلفه القاضى فان نكل أطلقه وأن حلف أبدأ الحبس وقال شيخ الإسلام هذا السؤال من القاضى عن حال المدعى بعد ما حبسه احتياط
 وليس بواجب لأن الشهادة بالاعسار شهادة بالنفي وهي ليست بحجة فللقاضى أن يعمل برأيه ولكن لو سأل كان أحوط قيل بمجدرجه الله
 قبل البيعة على اليسار وهو لا يثبت إلا بالملك وتعذر القضاء به لأن الشهود لم يشهدوا بمقداره ولم يقبل فيما إذا أنكر المشتري جوار الشفيع
 وأنكر ملكه في الدار التي بيده في جنب الدار المشتراة فقام الشفيع بيعة أن له (٣٧٩) نصيباً في هذه الدار ولم يبنوا مقداره نصيبه
 فان القاضى لا يرضى بهذه

البيعة في الفرق بينهما
 وأوجب بان الشاهد على
 اليسار شاهد على قدرته على
 قضاء الدين والقدرة عليه
 انما تكون بملك مقداره
 الدين فيثبت بهذه الشهادة
 قدر الملك ليكون الدين
 معلوماً في نفسه أما الشاهد
 على النصب فليس بشاهد
 على شيء معلوم لأن القليل
 والكثير في استحقاق الشفعة
 سواء فوضع الفرق بينهما
 قال (فان لم يظهر له مال خلى
 سبيله الخ) فان لم يظهر
 للمحبوس مال بعد مضى
 المدة التي رآها القاضى برأيه
 أو بعد مضى المدة التي

ان تمت المدة لم يقد هذه الفائدة فقدره بما ذكره وروى غير ذلك من التقدير بشهر أو بأربعة أشهر
 والصحيح أن التقدير مفوض إلى رأي القاضى لاختلاف أحوال الأشخاص فيه قال (فان لم يظهر له مال خلى
 سبيله) يعني بعد مضى المدة لأنه استحق النظر إلى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظاهراً ولو قامت البيعة على
 فلاسه قبل المدة تقبل في رواية ولا تقبل في رواية وعلى الثانية عامة المشايخ رحمه الله

أن تمت تلك المدة لم يقد هذه الفائدة فقدره بما ذكره وهو شهران أو ثلاثة أشهر أو بأربعة أشهر
 حنيفة في كتاب الحوالة والكفالة وروى غير ذلك من التقدير بشهر وهو اختيار الطحاوي لأن ما زاد على
 الشهر في حكم الآجل وما دون الشهر في حكم العاجل فصار أدنى الآجل شهر أو الأقصى لا غاية له فيقدر بشهر
 وروى (أو بأربعة أشهر إلى ستة أشهر) وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة أي ما بين أربعة أشهر إلى
 ستة أشهر ورواية الحسن عن أبي حنيفة (قوله والصحيح الخ) ذكره هشام بن محمد نحوه وكذا الصدر

كتاب الحوالة وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يحبس ما بين أربعة أشهر إلى ستة أشهر وذكر
 الطحاوي رحمه الله أنه يحبس شهر أو قيل أنه أرفق الاقوال بل في هذا الباب لأن ما زاد على الشهر في حكم الآجل
 وما دونه في حكم العاجل والصحيح أن التقدير مفوض إلى رأي القاضى لاختلاف أحوال الأشخاص في
 احتمال الحبس والصبر عليه حتى إذا مضت عليه ستة أشهر ووقع عند القاضى أنه متعنت يديم الحبس وإن مضى
 شهر أو دونه ووقع أنه عاجز أطلقه وكذا روى عن مجدرجه الله (قوله ولو قامت البيعة على الإفلاس قبل المد
 تقبل في رواية) وكيفية الشهادة على الإفلاس حكى عن أبي القاسم أنه قال ينبغي أن يقول أشهد أنه مفلس
 مع عدم لا أعلم له مالا سوى كسونه التي عليه وثياب ليله وقد اخترنا أمره في السر والعلانية ولا تقبل في رواية

اختارها بعض المشايخ كشهر أو شهرين أو بأربعة أشهر على ما تقدم خلى سبيله لأنه استحق النظر إلى الميسرة لقوله تعالى وإن كان ذو عسرة
 فنظره إلى ميسرة فكان الحبس بعده ظمناً في بعض النسخ وجعل قوله يعني بعد مضى المدة متعلقاً بقوله خلى سبيله فقال المفهوم من كلامه
 أنه لا يتخله ماله من المدة وليس كذلك فان أعجزنا ذكره في نسخ أدب القاضى وقالوا وإذا ثبت اعساره أخرجه من الحبس وعلى ما ذكرنا
 لا يرضى شيء من ذلك (ولو قامت البيعة على الإفلاس قبل مضى المدة) بأن أخبر واحد ثقتة أو اثنان أو شهد بذلك شاهدان أنه مفلس مع عدم لا أعلم
 له مالا سوى كسونه التي عليه وثياب ليله وقد اخترنا أمره سرا وعلانية فقبه روايتان (تقبل في رواية ولا تقبل في رواية وعليها عامة المشايخ)
 وإن كان ذلك قبل الحبس فعن مجدرجه روايتان في رواية لا يحبس به كان يفتي الشيخ الجليل أبو بكر محمد بن الغزالي وهو قول اسمعيل بن حنبل

(قوله وروى غير التقدير بشهرين أو ثلاثة أشهر بشهر) أقول قوله بشهر متعلق بمقدور (قوله وفي بعض النسخ وجعل قوله إلى قوله وعلى
 ما ذكرنا لا يرضى شيء من ذلك) أقول المراد من البعض هو الاثنان وسيظهر جواب آخر أنما بان ما في الكتاب على رواية الأصل فاندفع
 الاشتكال على أن ثبوت الاعسار يكون بالنسبة وعدم الظهور لا يلزم أن يكون ما فالمراد خلى سبيله بمجرد عدم ظهور المال على ما يفهم من
 الشرطية فافهم (قوله فان أعجزنا ذكره إلى قوله أخرجه من الحبس) أقول ممنوع فانه يفهم بما ذكره أيضاً أنه إذا لم يظهر له قبل مضى المدة
 لا يتخله قال المصنف (ولا تقبل في رواية) أقول وهذا إذا كان أمره مشكلاً وإفلاسه غير ظاهر بين الناس والأدب يحبس

(ويحبس الرجل في نفقة زوجته الح) اذا فرض القاضي على رجل نفقة زوجته واضطرها على مقدار ولم ينفق عليها ورفعت الى الحاكم حبسه
اظهر وظلمه بالامتناع (ولا يحبس والد في دين ولده لانه نوع - قوبة فلا يستحقه الولد (381) على وانه كالحود والقصاص) قال

الله تعالى ولا تقل لهما
أق وانخفض لهما جناح
الذل من الرحمة (الاذا امتنع
من الانفاق عليه لانه فيه
احياء ولده) وفي تركه سعي

* (باب كتاب القاضي الى القاضي) *

الى القاضي فانه يحبس به مجرد جوابه انه لم يعطه الى الا تن شيا (قوله) ويحبس الرجل في نفقة زوجته لانه ظالم
بالامتناع) ويتحقق ذلك بان تقدمه في اليوم الثاني من يوم فرض النفقة وان كان مقدار النفقة قليلا كالدينار
اذا رأى القاضي ذلك فلما عجز دفرضها لو طلبت حبسه لم يحبس لان العقوبة تستحق بالظلم والظلم بالمنع بعد
الوجوب ولم يتحقق وهذا يقتضي انه اذا لم يفرض لها لم ينفق الزوج عليها في يوم ينبغي اذا قدمت في اليوم
الثاني أن يامر به بالانفاق فان رجع فليس ينفق أو جعه عقوبة وان كانت النفقة سقطت بعسده الوجوب فهو
ظالم لها وهو قياس ما أسلفناه في باب القسم من قولهم اذا لم يقسم لها فرفعت الى القاضي بامر به بالقسم وعدم
الجور فان ذهب ولم يقسم فرفعت أو جعه عقوبة وان كان ما ذهب لها من الحق لا يقضى ويحصل بذلك ضرر
كبير (قوله) ولا يحبس والد في دين ولده فانه عقوبة) ولا يستحق الولد العقوبة لاجل الولد لان التافيف لما حرم
كان الحبس حراما لانه فوقه وكذا لا يحمله اذا قذفه ولا يقتص منه اذا قتله أما اذا امتنع من الانفاق عليه فانه
يحبس وكذا كل من وجبت عليه النفقة فابي عن الانفاق) أبا كان أو أم أو أجد أو أجد الان في ترك الانفاق سعيافي
هلا كهم ويجوز أن يحبس الوالد لصدده الى اهلاك الولد (ولانه لا يترك لسقوطها) أي لسقوط النفقة
(بعض الزمان) بخلاف الدين فانه لا يسقط وفي الذخيرة والعبد لا يحبس لمولاه لان المولى لا يستوجب عليه ديناً
ولا المولى لعبد المأذون غير المأذون لان كسبه لمولاه فكيف يحبس له فان كان عليه دين حبس لانه للقرماف
التحقيق ويحبس مولى المكاتب للمكاتب اذا لم يكن دينه من جنس بدل الكتابة لان في الجنس له حق أخذه
فاذا أخذ يلقينان قصاصا وفي غير جنسه لا تقع المقاصة والمكاتب في كسابه كالحرف له حق المطالبة فيحبس
لمطاله أما المكاتب فلا يحبس بدين الكتابة ولا لانه بالامتناع لا يصير طالبا للمولى كان عليه دين غير بدل
الكتابة يحبس فيه لانه لا يتمكن من فسخ ذلك الدين وهو ظاهر الرواية وعن بعض مشايخنا هـ ما سواه لانه
يتمكن من اسقاطه بتعجيل نفسه فيسقط الدين عنه لان المولى لا يستوجب عليه ديناً وفي ظاهر الرواية
أن بدل الكتابة صله من وجه بخلاف سائر الدون

* (باب كتاب القاضي الى القاضي) *

هذا ايضا من أحكام القضاء غير أنه لا يتحقق في الوجود الا بقاضين فهو كالركب بالنسبة الى الحبس والعمل
بكتاب القاضي الى القاضي على خلاف القياس لانه لا يزيد على اخباره بنفسه والقاضي لو أخبر قاضي البلد
الآخرى بأنه ثبت عنده بيمينته قبلها حق فلان على فلان الكائن في بلد القاضي الاخر لم يجز العمل به لان اخبار
القاضي لا يثبت حجة في غير محل ولا يثبت فكتبه أولى أن لا يعمل به لكنه جاز باجماع الصحابة والتابعين للحاجة
(وله) ولا يحبس والد في دين ولده) وكذا الام والجد والجددة ويحبس الوالد في نفقة ولده وفي الذخيرة فكل من
أجبره على النفقة فابي حبسه أبا كان أو أم أو أجد أو جد أو زوجا لان في ترك الانفاق عليهم سعيافي اهلا كهم
ويجوز أن يحبس الوالد لصدده اطلاق الولد (قوله) لسقوطها بعض الزمان) أي لسقوط نفقة الولد بعض الزمان
اما لدين لا يسقط بعض الزمان فافتراق في حق هذا الحكم فيه عتقان في حق الحبس أيضا والله أعلم

* (باب كتاب القاضي الى القاضي) *

الحبس لان هذا من عمل القضاء أيضا الآن السحن يتم بقاض واحد وهذا باثنين

* (باب كتاب القاضي الى القاضي) *

أورد هذا الباب بعد فصل

* (باب كتاب القاضي

الى القاضي) *

قال (و يقبل كتاب القاضى الى القاضى فى الحقوق اذا شهد به عنده) للحاجة على ما بين (فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة) لوجود الحجية (و كتب بحكمه) وهو المدعو سجلا (وان شهدوا به بغير حضرة الخصم لم يحكم) لان القضاء على الغائب لا يجوز (و كتب بالشهادة) لحكم المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب الحكمى وهو نقل الشهادة فى الحقيقة ويختص بشرائط نذكرها ان شاء الله تعالى

الناس الى ذلك فان الانسان قد لا يقدر على أن يجمع بين شهوده والمدعى عليه بان كانا فى بلدين فجوز اعادة على اصال الحقوق لمستحقها وما وجه القياس به لما فيه من شبهة التزوير فان الخطا والخطم يشبه الخط والخطم فليس بذلك لان هذه الشبهة منتزعة بشرائط شهادة الشهود على نسبة ما فيه الى القاضى المرسل وأنه ختمه وقيل أصله ما روى الضحاك بن سفيان أنه عليه الصلاة والسلام كتب أن ورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها رواه أبو داود والترمذي وأجمع الفقهاء عليه لا يقال لا نسلم مساس الحاجة الى كتاب القاضى لان الشاهد من على الكتاب يجوز أن يشهد على شهادة الاصول ويؤدون عند القاضى الثانى فلم يتحقق اليه لانا نقول فى الشهادة على الشهادة يحتاج القاضى الثانى الى تعديل الاصول وقد تعذر ذلك فى بلده وبالكتاب يستغنى عن ذلك لانه يكتب بعدالة الذين شهدوا عنده (قوله) و يقبل كتاب القاضى الى القاضى فى الحقوق أى التى تثبت مع الشبهات بخلاف الحدود والقصاص (اذا شهد به) أى بالكتاب (عند القاضى) المكتوب اليه على ما بين من أن المشهود فيه ما هو عن قريب ثم فصل فقال (فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة) يريد بالخصم الحاضر من كان وكيل من جهة المدعى عليه أو مسخر او هو من ينصبه القاضى وكيل عن الغائب ليسمع الدعوى عليه والاولو اراد بالخصم المدعى عليه لم يبق حاجة الى الكتاب الى القاضى الاخر لان الخصم حاضر عندها القاضى وقد حكم عليه (و) اذا حكم (كتب بحكمه) الى قاضى البلدة التى فيها الموكل ليقضى منه الحق (و) هذا الكتاب المتضمن للحكم (هو المدعو سجلا) فى عرفهم (واذا شهدوا بالخصم حاضر لم يحكم) لانه حينئذ قضاء على غائب (و) انما يكتب بالشهادة الى القاضى الاخر لحكم (هو) بها وهذا هو الكتاب الحكمى (فى عرفهم) نسبوا الى الحكم باعتبار ما يؤول (وهو فى الحقيقة نقل الشهادة) الى ذلك القاضى وسند كشرط الحكم من القاضى الثانى به والفرق بين الكتابين أن السجل يلزم العمل به وان كان المكتوب اليه لا يرى ذلك الحكم لصدور الحكم فى محل مجتهد فيه والكتاب الحكمى لا يلزم اذا كان يتخالفه (قوله) و يقبل كتاب القاضى الى القاضى فى الحقوق أى فى الحقوق التى تثبت مع الشبهة قيد بالحقوق لمافى الاعيان المنقولة اختلاف اذا شهد به على البناء للمفعول عنده أى عند القاضى المكتوب اليه للحاجة على ما بين وهو ما ذكر بعده وجوز له مساس الحاجة لان المدعى قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه ولا تندفع الحاجة بالشهادة على الشهادة لساناً أكثر الناس يجهزون عن أداء الشهادة على الشهادة على وجهها ثم يحتاج بعد ذلك الى معرفة عدالة الاصول ويتعذر معرفة ذلك فى تلك البلدة فتقع الحاجة الى نقل شهادتهم بالكتاب فان شهدوا على خصم حكم بالشهادة لوجود الحجية وكتب بحكمه قيل المراد من الخصم هنا الوكيل عن الغائب أو المسخر الذى جعل وكيلاً لاثبات الحق عليه وان لم يكن هو وكيلاً عنه فى الحقيقة اذ لو كان المراد بالخصم هو المدعى عليه لمسا احتيج الى كتاب القاضى الى قاض آخر لان حكم القاضى قد تم ويحتمل أن يكون الخصم هو المدعى عليه وأن يكون مراده بيان ان هذا الكتاب هو المدعو سجلا لانه يكتب الى قاض آخر أو كان المدعى به مبيعاً فإراد المدعى عليه الرجوع على يائعه وهو فى بلدة أخرى فطلب من القاضى أن يكتب بحكمه الى قاضى تلك البلدة وقوله فى الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح فان قيل الاشارة فى باب النكاح شرط وكتاب القاضى الى القاضى فيها يحتاج الى الاشارة لا يجوز قيل الاشارة الى الخصم شرط وهو الرجل أو المرأة وهو ليس بمدعى به انما المدعى شئ آخر فصار النكاح نظير الدين فى الدمة والاشارة الى الغريم شرط ومع هذا جاز كتاب القاضى فيه كذا هنا

والواحد قبل الاثنين والقياس بابي جواز العمل به لانه لا يكون أقوى من عبارته ولو حضر بنفسه مجلس المكتوب اليه وعبر بلسانه عما فى الكتاب ليعمل به القاضى فكيف بالكتاب وفيه شبهة التزوير والخط يشبه الخط والخطم الخاتم الا انه يجوز لحاجتنا للناس لما روى ان علياً رضى الله عنه جوزه كذلك وعليه أجمع الفقهاء قال (و يقبل كتاب القاضى الى القاضى فى الحقوق الخ) يقبل كتاب القاضى الى القاضى فى حقوق تثبت بالشبهات دون ما يندرى بها اذا شهد به بضم الشين عند المكتوب اليه للحاجة وهو نوعان المسمى سجلا والمسمى الكتاب الحكمى وذلك لان الشهود اماناً يشهدوا على خصم أو لا وتكبره بشير الى أنه ليس المدعى عليه اذ لو كان اياه لما احتج الى الكتاب والكتاب لا يميزه لئلا يقع القضاء على الغائب فالمراد به كل ما يمكن أن يكون خصماً فان كان الاول حكم بالشهادة لوجود الحجية وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا لان السجل

لا يكون الاعند الحكم وان كان الثاني لم يحكم لانه قضاء على الغائب وهو عندنا لا يجوز وكتب بالشهادة ليعلم المكتوب اليه وهو الكتاب الحكمي والفرق بينهما ان الاول اذا وصل الى المكتوب اليه ليس له الا التنفيذ واذا قرأه أو خالفه لا اتصال الحكم به وأما الثاني فان وافقه نفذ والا فلا لعدم اتصال الحكم به وقد يشير الى ذلك قوله وهو نقل الشهادة في الحقيقة وتختص بشراطة منها العلوم الخمسة وهي ان تكون من معلوم الى معلوم في معلوم معلوم على معلوم وسند كرماعداها ان شاء الله (قوله وجوازه) هو الموعود بقوله على ما بين وهو يشير الى أن جوازه ثابت بمشابهته للشهادة على الشهادة لاتحاد المناط وهو تعذر الجمع بين الشهود والخصم فكما جواز الشهادة على الشهادة لاحياء حقوق العباد فكذا جواز الكتاب لذلك ولا يراد بالمشابهة القياس لما تقدم أنه مخالف للقياس في راديه الاتحاد في مناط الاستحسان وقوله (يعنى القدورى) في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المحجودة (والمضاربة المحجودة لان كل ذلك بمنزلة الدين) والدين يجوز فيه الكتاب فكذا فهم ما كان في منزلته (قوله وهو يعرف) أى الدين (يعرف بالوصف) يشير الى ثلاثة أشياء الى أن الدين انما يجوز فيه الكتاب لانه يعرف بالوصف لا يحتاج الى الاشارة والى ان ما يحتاج فيه الى الاشارة لا يجوز فيه (٣٨٣) الكتاب والى أن الامور المذكورة بمنزلة الدين في أنها تعرف بالوصف لا يحتاج الى الاشارة

واعترض بان ما سوى الدين يحتاج اليها فان الشاهد يحتاج الى الاشارة الى الرجل والمرأة في دعوى النكاح من الجانبين وكذلك في الباقي فكانت بمنزلة النكاح والحيلان وكتاب القاضي الى القاضي لا يجوز فيها في ظاهر الرواية وأجيب بان الاشارة الى الخصم شرط فيما ذكرت وهو ليس بدعى به انما هو نفس النكاح والامانة وغير ذلك مما هو من الافعال ألا ترى ان الاشارة الى الدائن والمديون لا بد منها عند دعوى الدين وليس ذلك بمائع بالاجماع (ويقبل كتاب القاضي الى القاضي

وجوازه لمساس الحاجة لان المدعى قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فاشبه الشهادة على الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المحجودة والمضاربة المحجودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه الى الاشارة ويقبل في العقار أيضا لان التعريف فيه بالتعديد ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة الى الاشارة وعن أبي يوسف رحمه الله انه يقبل في العبد دون الأمة اغلبة الا باق فيه دونها وعنه انه يقبل فيها بشرائط تعرف في موضعها

لانه لم يقع حكم في محل اجتهاد فله أن لا يقبله ولا يعمل به (و يندرج في الحقوق الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المحجودة والمضاربة المحجودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف غير محتاج الى الاشارة) واستشكل بان في دعوى النكاح لا بد من الاشارة الى الرجل والى المرأة وكذا في الامانة والمغصوب فكأن هذه بمنزلة الاعيان المدعى بها وأجيب بان المدعى به نفس النكاح والغصب ونحوه وذلك لا يحتاج الى الاشارة لانها من الافعال وان كان يلزم في ضمنه الاشارة الى الرجل والمرأة اذ كل خصم والاشارة الى الخصم شرط ولا يخفى ما فيه لان الاشارة اذ لم يتباين طريق كان ضمنا أو قصدا تتعذر على شهود القاضي الكاتب فالحق أن الاشارة لا تلزم من الاصول الى الخصم الغائب بل يشهدون على مسمى الاسم الخاص والنسب والشهرة فاذا وصل الكتاب هناك يقع التعيين كما سئل كرام ان شاء الله تعالى فيكتب فيها كما يكتب في الدين والعبد (ويقبل في العقار أيضا) اذ اباين حدودها الاربع (لان التعريف يحصل به ولا يقبل في الاعيان المنقولة) كالجار والثوب والعبد (للحاجة الى الاشارة) فيها (وعن أبي يوسف أنه يقبل في العبد دون الأمة لغلبة الا باق في العبد) لانه يخدم خارج البيت فاباقيته ميسر فلساس الحاجة فيه جوزه بخلاف الأمة لانها داخل البيت

(قوله والأمة المحجودة والمضاربة المحجودة) انما قيد الامانة والمضاربة بالمحجودة ليكونا بمنزلة الدين اذ لو لم تكن محجودة لكان من جملة الاعيان المنقولة ولا يقبل كتاب القاضي فيها (قوله بشرائط تعرف في موضعها) وهي أن يعقب المدعى البينة انه كان له عبد سابق وهو اليوم في يد فلان ويعرف العبد غاية التعريف بصفته

في العقار أيضا لان التعريف فيه بالتعديد وذلك لا يحتاج الى الاشارة (ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة اليها) عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولهذا لم يجوزاه في العبد والجوازي (واستحسن أبو يوسف في العبيد دون الامانة لغلبة الا باق في العبد دون الأمة) فان العبد يخدم خارج البيت غالباً فيقدر على الاباق فتمس الحاجة الى الكتاب بخلاف الامانة فأنه يتخدم داخل البيت غالباً (وعنه) أى عن أبي يوسف (انه يقبل فيه ما بشرائط تعرف في موضعها) يعنى الكتب المبسوطة كالسوط وشروح أدب القاضي وصفة ذلك بخارى أبق عبده الى سمرقند ثم لا فخذ سمرقندى وشهوده الى بخارى فطالب من قاضي بخارى أن يكتب بشهادة شهوده عنده يحيب الى ذلك ويكتب شهد عدى فلان وفلان بان العبد الذى من صفته كتب وكتب ملك فلان المدعى وهو اليوم سمرقندى بفلان بغير حق ويشهد على كجابه شاهدين ويعلمهما ما فيه ويرسلهما الى سمرقند فاذا انتهى الى المكتوب اليه يحضر العبد مع من هو بيده يشهدان عنده عليه بالكتاب وبما فيه فتقبل شهادتهما ويقض الكتاب ويدفع العبد الى المدعى

(قوله ليعلم المكتوب اليه) أقول وما يفعله القضاة من ارسال المدعى عليه مع المدعى الى القاضي الكاتب اذ طلب ذلك منهم فاعل مستندهم فيه ما ينبغي في هذا الكتاب والنهاية وغيره في شرح قوله ولا يقضى القاضي على غائب (قوله والا فلا) أقول بان كان مختلفا فيه الفقهاء (قوله) وأجيب بان الاشارة الى الخصم شرط) أقول فان قيل اذا كان ثمة طائفة أن لا يحكم به فلناحه الاستحسان على خلاف القياس

ولا يقضى له به لان شهادة شاهدي (٣٨٤) الملك لم تكن بحضرة العبد وياخذ كفيلا من المدعي بنفس العبد ويجعل في عتق العبد

وعن محمد رحمه الله أنه يقبل في جميع ما ينقل ويحول وعليه المتأخرون

فلا يتيسر لها تيسره (وعن محمد أنه يقبل في جميع ما ينقل) من الدواب والحياب والاماء (وعليه المتأخرون) ونص الاسبيعي على أن الفتوى عليه وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول فان المانع منه ما كان الا الحاجة الى الاشارة في الاعيان وهي غائبة في بلد المكتوب اليه ولا شك ان الدين أيضا لا بد من الاشارة الى المدعي ليقضى عليه ومع ذلك اكتفى باسمه وشهرته في الابات عليه وقبول القاضي الكتاب الشهادة عليه وما ذلك الا لان عند القضاء من الثاني يتحقق معنى الاشارة والتعيين ويتبين ذلك بايراد الصور وفوررة الدين اذا شهدوا على فلان بن فلان بن فلان الفلاني أن يكتب كذا كره الحسن في المجر من فلان قاضي كورة كذا الى فلان قاضي كورة كذا سلام عليك فاني أجد اليك الله الذي لا اله الا هو ما بعد فان رجلاً أتاني يقال له فلان بن فلان وذكر ان له حقاً على رجل في كورة كذا ولم يذكر في المجر يقال له فلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان الفلاني ولا بد منه كما سئل عن ذلك وسألني أن أسمع بيته وأكتب اليك بما يستقر عندي من ذلك فساأله البيه فأتاني بعده منهم فلان وفلان وفلان ويحليهم وينسبهم فشهدوا عندي ان فلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان الفلاني كذا وكذا درهما ديناً لا وسألني أن أخلع بالله ما قبض منها شيئاً ولا قبضه له قابض بوكالة ولا احتال بشئ منها وحلفته خلف بالله الذي لا اله الا هو ما قبض من هذا المال الذي قامت به البيه عندي ولا قبضه ولا وكيل ولا أحله ولا قبضه له قابض وأنها له عليه فساألتني أن أكتب له كتاباً اليك بما استقر عندي من ذلك فكتب اليك هذا الكتاب وأشهدت عليه شهوداً أنه كاتب وخاتم وقرا أنه على الشهود قال ثم بطوى الكتاب ويختم عليه فان ختم عليه شهوده فهو أوثق ثم يكتب عليه عن ان الكتاب من فلان قاضي كورة كذا الى فلان قاضي كورة كذا ثم يدفعه الى المدعي فاذا أتى به المدعي الى القاضي الذي بالكورة فذكر أن هذا كتاب القاضي اليه سأل البيه على كتاب القاضي ولا ينبغي أن يسمع بيته المدعي حتى يحضر الخصم فاذا أحضره وأقر أنه فلان بن فلان الفلاني قبل بيته وسمع منه فان أنكر قال له جئني بالبيهاتن هذا فلان بن فلان الفلاني فان جاءهم أو عدلوا سمع بيته المدعي حينئذ على ان هذا كتاب القاضي الذي ذكره فيقول لهم أقرأ عليكم ما فيه فاذا قالوا قرأنا عليه وأشهدنا ان هذا كتابه وختمه فاذا سمع منهم لا يفلح الخاتم حتى يسأل عنهم فاذا عدلوا لا يفكه أيضاً حتى يحضر الخصم فاذا حضر فكه وقرأه عليهم وعليه فان أقر الزمها بماه وان أنكر قال ألك حجة والا قضيت عليك فان لم يكن له حجة قضى عليه وان كانت له حجة فبها وان قال لست أنا فلان بن فلان الذي شهدوا عليه بهذا المال لم يدل هو آخر قال له هات بيتهان في هذه الصناعة أو القبيلة أو الصنعة من يتسبب بمثل ما انتسب اليه والا ألزمتك ما شهد به الشهود فان جاء بيته على أن في تلك القبيلة أو الصناعة من يتسبب بمثل ما انتسب اليه أ بطل الكتاب وان لم يكن في تلك القبيلة أو الصناعة أحد على اسم واسم أبيه قضى عليه انتهى فقد علمت ان التعيين الذي هو المقصود بالاشارة يحصل بالآخرة الامر قبل القضاء عليه وفي هذه الصورة موضح وان كانت ظاهرة بنسبه عليه ما قلناه في شهود الكتاب منهم فلان وفلان ويحليهم وينسبهم لم يذكر كتب عدالتهم ولا بد منها وقالوا كتب وأقام واسمهم وسمه وقيمه والدار التي جلبها فاذا كتب وختم على ما يحب ويوعد وروى الكتاب على المكتوب اليه أحضر ذلك القاضي المدعي عليه والعبد وفك الكتاب ونظر في العبد وفي الكتاب فان وافق حلية العبد ما في الكتاب ختم في عتق العبد بالرماس ودفعه الى المدعي من غير أن يقضى له بالملك وأخذ منه كفيلاً وأمره بان يذهب به الى القاضي الكتاب فاذا ذهب اليه أمره القاضي الكتاب بإعادة البيه على أن هذا العبد بعينه ملكه فاذا أعاد يقضى القاضي الكتاب به له ثم يكتب الى قاضي تلك البلدة أن يرى كفيلاً وفي بعض الروايات عن أبي يوسف رحمه الله أن القاضي لا يقضى بالعبد للمدعي

خاتماً من رصاص كي لا يتهم المدعي بالسرقة ويكتب كتاباً الى قاضي بخاري ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وعلى ما في الكتاب فاذا وصل الى قاضي بخاري وشهدا بالكتاب وختمه أمر المدعي بإعادة شهوده ليشهدوا بالاشارة الى العبد أنه حقه وملكه فاذا شهدوا بذلك قضى له بالعبد وكتب الى ذلك القاضي بما ثبت عنده ليبرأ كفيلاً وفي رواية عن أبي يوسف ان قاضي بخاري لا يقضى للمدعي بالعبد لان الخصم غائب ولكن يكتب كتاباً آخر الى قاضي سمرقند فيه ماجرى عنده ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ويبحث بالعبد الى سمرقند حتى يقضى له بحضرة المدعي عليه فاذا وصل الكتاب اليه يفعل ذلك ويرى الكفيل وصفة الكتاب في الجوارى صفته في العبد غير أن القاضي لا يدفع الجارية الى المدعي واسكنه بيته معها على يد أمين ثلاثاً لها قبل القضاء بالملك راعماً أنها ملكه ولا يكن أبو حنيفة ومحمد وجهما ان هذا الاستحسان فيه بعض قبح فانه اذا دفع اليه العبد يستخدمه قهراً ويستعمله فيما كل من علمته قبل القضاء بالملك وربما يظهر العبد لغيره لان الحلية والصفة تشبهان فان المختلفين قد يتفقان في الحلي والصفات فالأخذ بالقياس أولى (وعن محمد رحمه الله أنه يقبل

شهودا

في جميع ما ينقل ويحول وعليه المتأخرون وهو مذهب مالك وأحمد والشافعي في قول

شهودا وعدوا لغيرهم بالعدالة أو سألت عنهم فعدلوا كفي عن تسميتهم ونسبهم وعندى لا بد أن يقول أحرار
عدول إذا لم يسمهم والذي يظهر من كلام محمد وغيره أنه لا بد من تسميتهم ونسبهم كل منهم ومصلاه وحرفته أن
تأجرا فتأجروا عازرا ع والمقصود بتسميتهم تأجرا فالتأجروا ثم يذكر أنه عرفهم بالعدالة أو عدلوا لأن
الخصم إذا حضره الثاني قد يكون له مطعن فيهم أو في أحدهم فلا بد من تعيينهم له ليتمكن من الطعن إن كان
والا فيقول سمعهم لي فاني قد يكون لي فيهم معان ومنها قوله إلى فلان قاضي كورة كذا إنما يصح إذا كان
القاضي واحدا فان كان له قاضيان لا يصح ومنها قوله في المدعي يقال له فلان بن فلان يتم التعريف
في قولهما وعنده لا بد من ذكر الجد وكذا الخلاف لو ذكر قبيلته أو صناعته وإن ذكر اسمه ولم يذكر اسم
الأب لكن نسبته إلى قبيلته أو فخذة فقال فلان التميمي أو الكوفي وما أشبه ذلك لا يكون تعريفا بالاتفاق وإن
كان مشهورا لا يحتاج إلى هذا وقيل لا بد أن يذكر ادعى المدعي أنه غائب من هذا البلد مسير سفره لا بين
العلماء اختلافا في المسافة التي يجوز فيها الكتاب القاضي إلى القاضي جماعة من مشايخنا قالوا لا يجوز في بلاد
مسافة القصر وبه قال الشافعي وأحمد في وجهه وحكي الطحاوي عن أبي حنيفة وأصحابه أنه يجوز في بلاد
مسافة القصر وقال بعض المتأخرين هذا قول أبي يوسف ومحمد وبه قال مالك والذي يقتضيه مذهب أبي
حنيفة أنه لا يجوز كالتشهاد على الشهادة ومنها ختم الشهود ليس بلازم بل هو أوثق كإثباته منها قوله وعدلوا
ظاهرا في أنه لا يملك الختم حتى يعدل شهود الكتاب وفيه خلاف سديد كروان كانت دار قال وادعى أن له دار
في بلد كذا في جملة كذا وكذا وذكر حدوده في يد رجل يقال له فلان بن فلان يعرفه على وجه التمام ولو ذكر
ثلاثة حدود كفي استحسانا خلافا لفر ولوغا وفي بعض الحدود بطل الكتاب وصورة كتاب العبد لا بق
من مصر بعدا عنان والسلام أن يكتب شهد عندي فلان وفلان بأن العبد الهندي الذي يقال له فلان حليته
كذا وأقامته كذا وأوسنه كذا وقيمته كذا مملكت فلان المدعي وقد أبق إلى الاسكندر بته وهو اليوم في يد فلان بغير
حق ويشهد على كتابه شاهدين مسافرين إلى الاسكندر بته على ما فيه وعلى ختمه كما سدد كذا وأوصل وفعل
القاضي ما تقدم وفتح الكتاب دفع العبد إلى المدعي من غير أن يقضى له به لأن الشهود الذين شهدوا بذلك العبد
للمدعي لم يشهدوا بحضرة العبد ويأخذ كفيلا بنفس العبد من المدعي ويجعل خاتما من القاضي في كتف
العبد ولا حاجة إلى هذا إلا دفع من يتعرض له ويتهمة بسرقة فاذ لم يكن لأحاجة يكتب كتابا إلى قاضي مصر
ويشهدان على كتابه على ما عرف فاذا وصل الكتاب إليه فعل ما يفعل المكتوب إليه ثم يأمر المدعي أن يحضر
شهوده وليشهدوا بالاشارة إلى العبد أنه ملكه فاذا شهدوا وقضى له به وكتب إلى قاضي الاسكندر بته بما ثبت عنده
ليبرئ كفيله وفي بعض الروايات أن قاضي مصر لا يقضى بالعبد للمدعي لأن الخصم غائب ولكن يكتب كتابا
آخر إلى قاضي الاسكندر بته يذكر فيه ما جرى عنده ويشهد على كتابه وختمه ويرد العبد معه إليه ليقضى به
بحضرة المدعي عليه فيفعل ذلك ويبرئ الكفيل وصورته في الجوارى كافي العبد إلا أن القاضي المكتوب إليه
لا يدفع الجارية إلى المدعي بل يبعثها على يد أمين لا حتماله أنه إذا أرسلها مع المدعي بطونها لاعتقاده أنها ملكه
قال في المبسوط ولكن أبو حنيفة ومحمد فالأدافيه بعض القبح فانه إذا دفع العبد يستخدمه قهرا ويستغله
فدا كل من غلته قبل أن يثبت ملكه فيه بالقضاء وربما يظهر العبد غيره ولا يخفى أن ضم محمد مع أبي حنيفة
بناء على ظاهر الرواية عنه وكلامنا على الرواية عن محمد المختارة للفتوى الموافقة للوجه والأئمة الثلاثة وإذا
عرفت هذا فالزوجة المدعي باستحقاقها في بلد القاضي المكتوب إليه لا بد أن تجعل من قبيل الأمة فيجبري
فيها ما يجبري فيها لانه يبعدها عن تجري مجرى الديون لانها إذا قالت لست أنا فلانة المشهود على أنها زوجة
المدعي المذكور ولم تقدر على بينة أن في قبيلتها من هو على أنها ونسبها أن تدفع إلى المدعي بطونها

لأن الخصم غائب ولكن يكتب كتابا آخر إلى القاضي المكتوب إليه ويكتب فيه ما جرى عنده ويشهد
شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ويبعث بالعبد معه إليه حتى يقضى له بالعبد بحضرة المدعي عليه فاذا وصل
الكتاب إليه فهو يفعل كذا وكذا ويبرئ الكفيل وكتاب القاضي إلى القاضي في الجوارى كذلك غير أن القاضي

قال (ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين الخ) لا يقبل كتاب القاضي الى القاضي الابحجة تامة شهادة رجلين أو رجل وامرأتين أما اشتراط الحجة فلا نه ملزم ولا الزام بدونها وأما قبول رجل وامرأتين فلا نه حق لا يسقط بالشبهات وهو مما يطالع عليه فيقبل فيه شهادة النساء مع الرجال كافي سائر الحقوق وكان الشيعي (٢٨٦) يقول بجواز كتاب القاضي الى القاضي بغير بينة قياسا على كتاب أهل الحرب وأجاب المصنف

قال (ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين) لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لانه ملزم فلا بد من الحجة بخلاف كتاب الاستئمان من أهل الحرب لانه ليس ملزم وبخلاف رسول القاضي الى المازكي ورسوله الى القاضي لان الالزام بالشهادة لا بالتركية

(قوله ولا يقبل الكتاب) أي لا يقبل المكتوب اليه الكتاب (الابشهادة رجلين أو رجل وامرأتين) على أنه كتاب القاضي فلان الكتاب وانتهى وان فيه كذا وكذا ولا بد من اسلامهما فلا تقبل شهادة الذين على كتاب قاضي المسلمين ولو كان الكتاب الذي على ذي لانهم يشهدون على فعل المسلم وهذا ان قبول شهادة بعضهم على بعض كان للحاجة والضرورة اذ قلما يحضر المسلمون معاملاتهم خصوصاً الانكحة والوصايا وهذا لا يتحقق في كتاب القاضي وختمه ولم بشرط الشعي الشهادة عليه وكذا الحسن أسند الحصاص الى عمر بن أبي زائدة وغيره قال جئت بكتاب من قاضي الكوفة الى اياس بن معاوية فثبت وقد عزل واستقضى الحسن فدفعته كتابي اليه فقبله ولم يسألني البينة عليه ففقهه ثم نشره فوجدني فيه شهادة شاهدين على رجل من أهل البصرة بخمس مائة درهم فادفعها الى هذا وبه قال أبو ثور والاصطخري من الشافعية وأبو يوسف في رواية فالشرط عندهم أن يكون المكتوب اليه يعرف خط القاضي الكاتب وختمه قياسا على كتاب الاستئمان وعلى رسول القاضي الى المازكي ورسوله الى القاضي قلنا الفرقان هذا نقل ملزم اذ يجب على القاضي المكتوب اليه أن ينظر فيه ويعمل به ولا بد للملزم من الحجة وهي البينة بخلاف كتاب أهل الحرب فانه ليس ملزماً الا لا امام أن يعطيه م ما طلبه وله ان لا واما الرسول فلان التركية ليست ملزمة وانما الملزم هو البينة وأما الفرق بين رسول القاضي وبين كتابه حيث يقبل كتابه ولا يقبل رسوله فلا نه غاية رسوله أن يكون كنفه وقدمنا أنه لو ذكر ما في كتابه لذلك القاضي بنفسه لا يقبله وكان القياس في كتابه كذلك الا أنه أجزى باجماع التابعين على خلاف القياس فاقصر عليه فان قلت فكيف عمل الحسن بالكتاب وهو لم يكتب الا الى قاض آخر غير فالحجواب يجوز أن يكون قال الى اياس القاضي بالبصرة والى كل قاض براه من قضاة المسلمين فانه اذا كتب كذلك كان لكل قاض رفع اليه أن يعمل به بخلاف ما لو كتب من الاول الى من يبلغه كتابي هذا من قضاة المسلمين فانه لا يجوز العمل به لاحد من القضاة وأجازه أبو يوسف أيضاً قال في الخلاصة وعليه عمل الناس اليوم * (فرع) * يجوز على كتاب القاضي الشهادة على الشهادة كما جاز فيه شهادة النساء لانه ثبت مع الشهادتين ولو كتب القاضي الى الامير الذي ولاه أصح الله الامير ثم قص القصة وهو معه في المصر فجاء به ثقة يعرفه الامير في الغناوى لا يقبل لان ايجاب العمل بالبينة ولانه لم يذكر اسمه وامرأته وفي الاستئمان يجوز للامير أن يرضيه لانه متعارف ولا يلحق بالقاضي أن يأتي في كل حادثة الى الامير ليخبره ولانه لو أرسل اليه بذلك رسولا ثقة كان عبارة رسوله كعبارة في جواز العمل به فكذا اذا أرسل كتابه

المكتوب اليه لا يدفع الجارية الى المدعي ولكن يبعث بها معه على يدي أمين لانه لو دفعها اليه لم يمنع من وطئها وان كان أميناً في نفسه لانه زعم انما لم يكتنه وعن محمد رحمه الله انه يقبل في جميع ما ينقل وعليه المتأخرون وقال الشيخ الامام القاضي المنتسب الى اسبجياب وعليه الفتوى (قوله بخلاف كتاب الاستئمان من أهل الحرب لانه ليس ملزم) لان كتابه لك أهل الحرب ليس ملزم فان الامام بالخيار ان شاء أعطاه امان

بقوله بخلاف كتاب الاستئمان يعني اذ جاء من ملك أهل الحرب في طلب الامان فانه مقبول بغير بينة حتى لو آمنه الامام صح لانه ليس ملزم فان لا امام رأياً في الامان وتركه وبخلاف رسول القاضي الى المازكي وعكسه فانه يقبل بغير بينة لان الالزام على الحاكم ليس بالتركية بل هو بالشهادة ألا ترى أنه لو قضى بالشهادة بالتركية صح وقوله وبخلاف رسول القاضي الى المازكي قيل قد يشير الى أن رسول القاضي الى القاضي غير معتبر أصلاً في حق لزوم القضاء عليه ببينة وبغيرها والقياس يقتضي اتحاد كتابه ورسوله في القبول كافي البيع فانه كما ينعقد بكتابه بغيره رسوله أو اتحادهما في عدمه لان القياس يأتي جوازهما وقرق بينهما بوجهين أحدهما ورود الاثر في جواز الكتاب واجماع التابعين على الكتاب دون الرسول فبقى على القياس والثاني ان الكتاب كالخطاب والكتاب وجد من موضع القضاء فكان كالخطاب من موضع القضاء فيكون حجة وأما الرسول فمقام

قال المصنف (ولا يقبل الكتاب) أقول أي لا يعمل به لانه لا يأخذ الخالف ما سيجي من قوله فاذا سلمه (قوله ألا ترى) قال انه لو قضى بالشهادة الخ) أقول في هذا التنوير بحث فان صحة القضاء أمر والالزام أمر آخر لثبوت الاول والثاني وجوابه ان صحة الحكم قبل التركية اذا كانت بالشهادة والالزام بعدهما فيكون هم أيضاً (قوله قيل قد يشير الخ) أقول في وجهه الاشارة خفاء لا يخفى (قوله في حق لزوم القضاء عليه ببينة) أقول على كونه رسول القاضي

المرسل والمرسل في هذا الموضع ليس بقاض وقول القاضي في غير موضع قضائه كقول واحد من الرعايا قال (ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه الخ) شرط أبو حنيفة ومحمد رحمه الله علم ما في الكتاب وحفظه والختم (٣٨٧) بحضرة الشهود ولهذا يجب أن يقرأ

الكتاب كتابه عليهم ليعرفوا ما فيه أو يعلمهم به لأنهم إن لم يعلموا ما فيه كانت شهادتهم بلا علم وهي باطلة قال الله تعالى لا آمن شهد بالحق وهم يعلمون ويختصم بحضرتهم ويسلمه إلى الشهود لكي لا يتوهم التغيير إذا كان غير ختم أو يبدل الخصم وهذا قوله وما قال أبو يوسف أنه يدفع الكتاب إلى الطالب وهو المدعى ويدفع اليهم كتابا آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم فان فات شيء من الأمور المذكورة لا يقبل الكتاب عندهما وقال أبو يوسف آخر شيء من ذلك ليس بشرط بل إذا شهدهم القاضي أن هذا كتابه وختمه فشهدوا على الكتاب والختم عند القاضي المكتوب اليه كان كافيا وعنه أن الختم ليس بشرط أيضا سهل في ذلك لما ابتلى بالقضاء وانما قال آخر لأن قوله الأول مثل قول أبي حنيفة ومحمد رحمه الله واختار شمس الأئمة السرخسي قول أبي يوسف يسير على الناس

قال المصنف (ويسلم اليهم) أقول قال في التهابة أي إلى الشهود وعمل القضاة

قال (ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه أو يعلمهم به) لأنه لا شهادة بدون العلم (ثم يختصم بحضرتهم ويسلمه اليهم) كيلا يتوهم التغيير وهذا عند أبي حنيفة ومحمد لأن علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط كذا حفظ ما في الكتاب عندهما ولهذا يدفع اليهم كتابا آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم وقال أبو يوسف رحمه الله آخر شيء من ذلك ليس بشرط والشرط أن يشهدهم أن هذا كتابه وختمه وعن أبي يوسف أن الختم ليس بشرط أيضا فسهل في ذلك لما ابتلى بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة واختار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله قول أبي يوسف رحمه الله

ولم يجز الرسم في مثله من مصر إلى مصر فسرطانا هناك شرط كتاب القاضي إلى القاضي (قوله ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم) شرع في بيان الشرط الموعود به كره في قوله ويختصم بشرائط نذكرها والخاصل أن شهد الشهود على ما في الكتاب فلا بد حينئذ من أن يقرأ عليهم أو يعلمهم ما فيه أي بأخباره لأنه لا شهادة بلا علم بالمشهود به كقولهم هذا بان هذا الصك مكتوب بـ فلان لا يقصد ما لم يشهدوا بما تضمنه من الدين واشترط عليهم بمافي كتاب القاضي قول أبي حنيفة ومحمد والسافى وأحمد ومالك في رواية ومن أن يشهدوا أنه ختمه وذلك بأن يختصم بحضرتهم ويسلمه اليهم وهذا عند أبي حنيفة ومحمد ولا بد أن يكون الكتاب معنونا أي مكتوب بأبيه العنوان الذي قد سمناه وهو اسم الكاتب واسم المكتوب اليه ونسبهما والشرط العنوان الباطن فان لم يوجد وكان معنونا في الظاهر لا يقبله لتهمة التغيير وعن هذا قيل ينبغي أن يكون مع نسخة أخرى مفتوحة ليستبينوا على حفظ ما في الكتاب فانه لا بد من التذكر من وقت الشهادة إلى وقت الاداء عندهما (وقال أبو يوسف رحمه الله آخر شيء من ذلك ليس بشرط والشرط أن يشهدهم أن هذا كتابه وختمه) بعدما كان أولا يقول كقول أبي حنيفة (وعن أبي يوسف أيضا أن الختم ليس بشرط أيضا رخص في ذلك لما ابتلى بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة وهذا اختيار شمس الأئمة السرخسي) ولا شك عندي في صحته فان الغرض إذا كان عدالة الشهود وهم حلة الكتاب فلا يضره كونه غير مختوم مع شهادتهم أنه كتابه نعم إذا كان الكتاب مع المدعى ينبغي أن يشترط الختم لاحتمال التغيير الآن يشهدوا بما فيه حفظا فالوجه أن كان الكتاب مع الشهود أن لا يشترط معرفتهم لما فيه ولا الختم بل تكفي شهادتهم أنه كتابه مع عدالتهم وإن كان مع المدعى اشترط حفظهم لما فيه فقط ومن الشرط أن يكتب فيه التاريخ فلا بد أن لا يقبل وذلك لينظر هل هو كان قاضيا في ذلك الوقت أولا وكذا أن شهدوا على أصل الحادثة ولم يكن مكتوبا لا تقبل وفي خزانة الفقه يجوز كتاب القاضي إلى القاضي في المصرين ومن قاضي مصر إلى قاضي رستاق ولا يجوز من قاضي رستاق إلى قاضي مصر انتهى والذي ينبغي أن بعد عدالة شهادة شهود الأصل والكتاب لا فرق ولو كان العنوان من فلان إلى فلان أو من أبي فلان إلى أبي فلان لا يقبل لأن مجرد الاسم أو الكنية لا يعرف به الآن تكون الكنية مشهورة مثل أبي حنيفة وابن أبي ليلى وكذلك النسبة إلى أبيه فقط مثل عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وقيل تقبل الكنية المشهورة كـ أبي حنيفة على رواية أبي سليمان ولا تجوز في سائر الروايات لأن الناس يشتركون في الكنية غير أن بعضهم يشتهر بها فلا يعلم المكتوب اليه أن المكتنى هو الذي اشتهر بها أو غيره بخلاف ما لو كتب إلى قاضي بلدة كذا فإنه في الغالب يكون واحدا فيحصل التعريف بالإضافة إلى محل الولاية

وان شاء يعطه فلا يشترط البينة (قوله ويسلمه اليهم) أي إلى الشهود وعمل القضاة اليوم يسلمون المكتوب إلى المدعى وهو قول أبي يوسف وهو اختيار الفتوى على قول شمس الأئمة رحمه الله يسلم

اليوم أنهم يسلمون المكتوب إلى المدعى وهو قول أبي يوسف وهو اختيار الفتوى على قول شمس الأئمة وعلي قول أبي حنيفة يسلم المكتوب إلى الشهود كذا وحدث بخط شخني انتهى ثم قال وأجمعوا في الأصل أن الشهادة لا تصح ما لم يعلم الشاهد ما في الكتاب فحفظنا هذه المسئلة فان الناس اعتادوا بخلاف ذلك اه

قال (واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم الخ) لما فرغ من بيان الاحكام المتعلقة بجانب القاضي الكاتب شرع في بيان الاحكام المتعلقة بجانب المكتوب اليه فاذا وصل الكاتب اليه لم يقبله الا بحضرة الخصم لان ذات بمنزلة أداء الشهادة وذلك لا يكون الا بحضور الخصم فكذلك هذا بخلاف سماع القاضي الكاتب فانه جاز بغيره الخصم لان سماعه ليس للحكم بل للنقل فكان جائزا وان كان بغيره وقال في شرح الاقطع وقال أبو يوسف يقبله من غير حضور الخصم لان الكاتب يختص بالمكتوب اليه فكان له أن يقبله والحكم بعد ذلك يقع بما علمه من الكتاب فاعتبر حضور الخصم عند الحكم به قال (فاذا سلمه الشهود اليه الخ) اذا سلم الشهود الكتاب الى المكتوب اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا ان هذا كتاب فلان القاضي سلمه اليه في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه ففحه القاضي وقرأه على الخصم وألزمه بما فيه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف اذا شهدوا أنه كتاب فلان وختمه قبله وفحه لم امر انه لم يشترط شي من ذلك ولم يشترط في القدوري ظهور العدالة للفتح حيث لم يقل فاذا شهدوا وعدلوا قال المصنف والصحيح انه يقض الكتاب بعد العدالة كذا ذكره الخصاصي لانه اذا لم تظهر العدالة ربما احتاج المدعي الى أن يذني شهوده (٣٨٨) وانما يمكنهم أداء الشهادة بعد قيام الختم ليس شهدوا ان هذا كتاب فلان

القاضي وختمه فاما اذا فلك الخاتم فلا يمكنهم ذلك وهذا يرى أنه دور ظاهر فان المدعي انما يحتاج الى زيادة الشهود اذا كانت العدالة شرطاً ولم تظهر فاما اذا لم تكن شرطاً فكما أدوا الشهادة جاز فضاء فلا يحتاج الى زيادة شهود والجواب أنا لان سلم أنه لا يحتاج الى زيادة شهود بعد الفتح بل يحتاج اليها اذا طعن الخصم ولا بد لهم من الشهادة على الختم وذلك بعد الفتح غير ممكن وقد استدل على ذلك بان فلك الخاتم نوع عمل بالكتاب والكتاب لا يعمل به مالم تظهر عدالة الشهود على الكتاب وفيه نظر لان فلك الخاتم عمل للكتاب

قال (واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم) لانه بمنزلة أداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضي الكاتب لانه للنقل للحكم قال (فاذا سلمه الشهود اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا أنه كتاب فلان القاضي سلمه اليه في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه ففحه القاضي وقرأه على الخصم وألزمه بما فيه) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله اذا شهدوا أنه كتاب فله ظهور العدالة للفتح والصحيح انه يقض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاصي رحمه الله ولم يشترط أبو يوسف العنوان أي ضابط اذ لم يكن معنونا وكان مختوما وشهدوا بالختم كفي (قوله واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضور الخصم) وفي بعض النسخ لم يفتك الا بحضور من الخصم كما ذكرنا فيما تقدم والمراد انه لا يقرؤه الا بحضوره لا مجرد قبوله فانه لا يتعلق به حكم وترتيب الحال انه اذا وصل المدعي الى القاضي جمع بينه وبين خصمه فان اعترف استغنى عن الكتاب وان أنكر قال له هل لك حجة فان قال معي كتاب القاضي اليك طاليه بالبينه عليه فاذا حضر وأحضر خصمه ان لم يكن حاضر افيشهدون بحضوره انه كتاب القاضي سلمه اليه في مجلس حكمه وقرأه علينا فحينئذ قد افتكته وقرأه عليه وانما لم يقرأه الا بحضوره (لانه) أي الكتاب في المعنى (بمنزلة الشهادة) على الشهادة لان القاضي ينقل الفاظ الشهود بكتاب الى المكتوب اليه كما كان شاهد الغرض ينقل شهادة شاهد الاصل بعبارة (بخلاف القاضي الكاتب) فانه يسمع من الاصول الشهادة وان كان الخصم المدعي عليه غائبا (لان سماعه ليس للحكم بل للنقل) فكان سماعه بمنزلة تحمل الغرض للشهادة الاصل وفي الغرض لا يشترط حضور الخصم كذا هذا وهذا كله قول أبي حنيفة ومحمد وقد علمت أن قول أبي يوسف الاكتفاء بشهادة انه كتابه وختمه (ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة) في شهود الكتاب (للفتح) حيث قال فاذا شهدوا الخ ففحه ولم يقل فاذا شهدوا وعدلوا قال المصنف (والصحيح انه يقض الكتاب بعد ثبوت العدالة ذكره الخصاصي)

المكتوب الى الشهود كذا في النهاية وقال كذا وجدت بخط شيخنا رحمه الله (قوله لانه للنقل للحكم) وهذا لان الشهادة في حق الكاتب للنقل فلا يحتاج فيه الى حضور الخصم وفي حق المكتوب اليه للحكم فلا بد من حضور الخصم لانه بمنزلة أداء الشهادة عليه وألان ذلك في معنى الشهادة على الشهادة فان القاضي الكاتب

لا به ولعل الاصح ما قاله محمد رحمه الله من تجويز الفتح عند شهادة الشهود بالكتاب والختم من غير تعرض لعدالة الشهود كذا نقله الصدر الشهيد في المعنى والمكتوب اليه

قال المصنف (واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم) أقول وفي المحيط ولو قبل الكتاب من غير حضرة خصمه جاز ولو سمع البينة على أن هذا كتاب القاضي من غير حضرة الخصم لا يجوز لحضرة الخصم شرط قبول البينة على الكتاب لا شرط قبول الكتاب اه وفيه أيضا الاولى أن يكون الفتح بحضور الخصم وان فتح بغيره خصمه منه جاز اه (قوله لما فرغ الى قوله بجانب المكتوب اليه) أقول وأنت خير ان قوله ولا يقبل الكتاب الا الخ من الاحكام المتعلقة بالمكتوب اليه وجوابه ان قوله لا يقبل على بناء المفعول والمقبولية وعدمها من أحكام الكاتب (قوله فاما اذا لم يكن شرطاً) أقول كقولهم مذهب أبي حنيفة على ما سيجي في الشهادة (قوله وقد استدل على ذلك) أقول قوله وقد استدل أي بوجه آخر وقوله على ذلك أي على اشتراط العدالة (قوله بان فلك الخاتم نوع عمل بالكتاب الخ) أقول لا يخفى عليك عدم تكرار الحد الاوسط فان الباء في الصغرى للملابسة وفي الكبرى للسببية وأيضا للعائل بعدم الاشتراط منع الكبرى فليتأمل (قوله وفيه نظر الخ) أقول فيه تأمل

انما يقبل الكتاب اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات أو عزل أو خرج عن أهلية القضاء يجوز أو انما أو فسق اذا تولى وهو عدل ثم فسق على ما مر من قول بعض المشايخ قبل وصول الكتاب أو بعد الوصول قبل القراءة بطل الكتاب وقال أبو يوسف في الامالى يعمل به وهو قول الشافعي رحمه الله لان كتاب القاضي الى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة لانه بكتابه ينقل شهادة الذين شهدوا عنده بالحق الى المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتاب فكان بمنزلة شهود الغرور اذا ما تولى بعد أداء الشهادة قبل القضاء (٣٨٩) وانه لا يمنع القضاء ولنا القول بالموجب وهو ان الكاتب وان كان

ناقل الا ان هذا النقل له حكم القضاء بدليل انه لا يصح الا من القاضي ولم يشترط فيه العدول واغلبة الشهادة وجب على الكاتب هذا النقل لسماع البينة وما وجب على القاضي بسماع البينة قضاء لكنه غير تام لان تمامه بوجوب القضاء على المكتوب اليه ولا يجب القضاء عليه بمثل وصوله اليه وقبل قرأته عليه فبطل كافي سائر الاقضية اذا مات القاضي قبل ان يقرأها واستدل المصنف بقوله لانه الحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخبار قاض آخر في غير عمله أو في غير علمهما وهذا ظاهر فيما اذا عزل أو مات الموت أو في الخروج عن الاهلية فليس بظاهر لان الميت والمجنون لا يتحققان بواحد من الرعايا ويمكن أن يقال يعلم ذلك بالاولى وذلك لانه اذا كان حيا وعلى أهلية القضاء لم يبق كلامه محققا لان لا يبق بعد الموت أو الخروج عن الاهلية أولى وكذا لو مات المكتوب اليه بطل

لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود وانما يكتمهم أداء الشهادة بعد قيام الختم وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات أو عزل أو لم يبق أهلا للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله لانه الحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا آخر في غير عمله أو في غير علمهما وكذا لو مات المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان بن فلان قاضي بلدة كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صارت بهالة وهو معروف واحترز به عباد كوفي المغني فانه قال فيه وذكر الخصاص لا يفتح قبل ظهور العدالة ثم قال ما ذكر محمد أصح أي تجوز الفسخ قبل ظهور رها بعد الشهادة بانه بكتابه وجه المصنف بما ذكره الخصاص من انه ربما يحتاج الى زيادة الشهود بان ارناب في هؤلاء فيقول زدني شهودا ولا يمكن أداء الشهادة من المزيدين الاحال قيام الختم * (فرع) * لو سمع الخصم بوصول كتاب القاضي الى قاضي بلدة فهو ربا الى بلدة أخرى كان للقاضي المكتوب فيه أن يكتب الى قاضي تلك البلدة بثبت بنسبته من كتاب القاضي فكما جوزنا للدول الكتاب بنحو زلثاني والثالث وهم جرح المجاهد ولو كتب فلم يخرج من يده حتى رجوع الخصم لم يحكم عليه بتلك الشهادة التي سمعها من شهود الكتاب بل يعيد المدعى شهادتهم لان سماعه الاول كان للنقل فلا يستفيد به ولاية القضاء وانما يستفيد هالو كان الخصم حاضرا وقت شهادتهم (وانما يقبله المكتوب اليه) هذا شرط آخر لقبول الكتاب والعمل به وهو أن يكون القاضي الكاتب على قضائه الى أن يرضى أمر الكتاب فلاؤه مات أو عزل قبل أن يصل الى المكتوب اليه أو خرج عن أهلية القضاء يجوز أو عصى قالوا أو فسق وانما يخرج على القول بالعزل بالفسق بطل الكتاب وقال أبو يوسف والشافعي يعمل به وبه قال أحمد لان كتاب القاضي الى القاضي كالشهادة على الشهادة لانه ينقل به شهادة الذين شهدوا على المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتابة فكان كشهود الغرور اذا ما تولى بعد أداء الشهادة قبل القضاء أو مات الاصل بعد أداء الفرع فانه لا يمنع القضاء وحاصل الجواب في الذخيرة منع تمام النقل بمجرد الكتاب قبل حتى يصل ويقرأه لان هذا النقل بمنزلة القضاء ولهذا لا يصح الا من القاضي فلا يتم الا بوجوب القضاء ولا يجب الا بقرائه وحيثما تبين أن العبارة الجيدة أن يقال لو مات قبل قراءة الكتاب لا قبل وصوله لان وصوله قبل ثبوته عند المكتوب اليه وقرائه لا بوجوب عليه شيئا فقول المصنف (الحق بواحد من الرعايا) يعني قبل تمام القضاء (ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا آخر) غير المكتوب اليه (في غير عمله أو في غير علمهما) ولو كان على قضائه لانه بالنسبة الى العمل الآخر كواحد من الرعايا غير أن الكتاب خص من ذلك بالاجماع ولو مات بعد وصول الكتاب وقرائه عمل به المكتوب اليه هكذا ذكر في ظاهر الرواية (وكذا لو مات المكتوب اليه) أو عزل وولي غيره لا يعمل الذي قام مقامه عندها (الا اذا) كان (كتب الى فلان قاضي بلدة كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صارت بهالة) وقد قدمنا ما هنا وقال الشافعي وأحمد

ينقل ألفاظ الشهود ويكتبه الى القاضي المكتوب اليه كان شاهد الفرع ينقل شهادة الاصل بعبارة ثم لا يسمع الشهادة على الشهادة الا بحضور من الخصم فكذا هنا (قوله) ربما يحتاج الى زيادة الشهود لعدم ظهور عدالة هؤلاء وانما يمكن اقامتها اذا كان الختم باقيا (قوله) حتى لو مات أو عزل قبل وصول الكتاب لا يقبله وفي الذخيرة قوا اذا مات القاضي الكاتب قبل أن يصل الكتاب الى المكتوب اليه لا يعمل عندهما وقال أبو يوسف رحمه الله في الامالى وهو قول الشافعي يعمل وكذلك الجواب فيما اذا مات بعد وصول الكتاب اليه

كتابه وقال الشافعي يعمل به من كان قائما مقامه في القضاء كقولنا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين ولنا أن القاضي الكاتب اعتمد على علم الاول وأمانته والقضاء يتفاوتون في أداء الامانة فصاروا كلاما في الاموال وهناك قد لا يعتمد على كل أحد فكذا هنا الا اذا صرح باعتماده على الكل بعد تعريف واحد منهم بقوله الى فلان بن فلان قاضي بلدة كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لانه أنى بما هو شرط وهو أن يكون من معلوم الى معلوم ثم صير غيره تبعاله

بخلاف ما اذا كتب ابتداء من فلان بن فلان (٣٩٠) قاضي بلاد كذا الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين فانه لا يصح عند أبي

بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه على ما عليه مشايخنا وجههم الله لانه غير معرف ولو كان مات
انحصم بنفذا الكتاب على وارثه لقيامه مقامه (ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص) لان
فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة ولان مبناها على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما
* (فصل آخر) *

يعمل به لان الماعول عليه شهادة الشهود على ماتحه او ومن تحمل وشهد وجب على كل قاض الحكم بشهادته
وصار ككلو كتب والى كل قاض وصل اليه وأجيب بان الكاتب لما اخص الاول بالكتابة فقد اعدت عدالة
وأمانته والقضاء متفاوت في أداء الامانة فصح التعيين بخلاف ما اذا أردفه بقوله والى كل من يصل اليه من
قضاة المسلمين لان هناك اعتد على علم الكل وأمانتهم فكان الكل مكتوب اليهم معينين أمالو كتب
ابتداء الى كل من يصل اليه فكان في هذا من قضاة المسلمين وحكامهم فقد منأ أنه أجاز أبو يوسف وهو مذهب
الشافعي وأحمد ومنعه أبو حنيفة والظاهر أن مجمل مع أبي حنيفة والوجه قول أبي يوسف لان اغلام
المكتوب اليه وان كان شرطاً فالعموم يعلم كما يعلم الخصوص وليس العموم من قبيل الاجمال
والتهجيل فصار قصديته وتبعيته سواء (ولو مات انحصم بنفذا الكتاب على وارثه لقيامه مقامه) سواء كان
ناريج الكتاب قبل موت المطلوب أو بعده ولا خلاف فيه (قوله ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في
الحدود والقصاص) وهو قول للشافعي وفي قول آخر يقبل وهو قول مالك وأحمد لان الاعتماد على الشهود
وقد شهدوا قلنا (لان فيه) أي في كتاب القاضي (شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة) لا يقيم بها الحد
لان بني الحدود والقصاص على الاسقاط بالاشهاد (وفي قبول الكتاب سعي) واحتياط (في اثباتهما) وعرف
من تقريرنا أن المعنى على عدم الواو في قوله ولان مبناها الخ والله أعلم وأعلم أنك بما اطلع على فروع كثيرة
في الكتب فيها تصرح بجمع الكتاب فيها مثل ما ذكر في الخلاصة وغيره في رجل وامرأة ادعىا ولدوا قالا هو
معروف النسب منها هو في يد فلان استرق في بلدة كذا وطلبها الكتاب لا يكتب في قول أبي حنيفة ومحمد وان
ادعىا النسب ولم يذكر الاسترقاق يكتب بالانفاق لانه دعوى النسب مجردا فكان كدعوى الدين بخلاف
المسئلة الاولى لانه يريد دفع الرق فهو كدعوى انه عبدي * (فرع) * هل يكتب القاضي بعلمه في الخلاصة هو
كالقضاء بعلمه والتفاوت هنا أن القاضي يكتب بعلمه الحاصل قبل القضاء بالاجماع كذا قال بعضهم ولو أقام
شاهدا واحدا عند القاضي وسأل أن يكتب بذلك كتابا الى قاض آخر فعل فانه قد يكون له شاهد في محل
المكتوب اليه ويكتب في الدين المؤجل وبين الاجل ليطالبه اذا حل هناك ولو قال استوف في غربي دينه أو
أمرأى منه وأقام عليه بينة وإن تأخر بدان أقدم البلدة التي هو فيها أو أخاف أن ياخذني به فعند محمد يكتب وعند
أبي يوسف لا يكتب وأجمعوا أنه لو قال جحدني الاستيفاء أو الإبراء مرة يكتب وكذا اذا ادعى أن الشفيع الغائب
سلم الشفعة وأقام بينة وطلب أن يكتب له هل يكتب هو على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد وكذا امرأه ادعت
الطلاق على زوجها الغائب وأشهدت وطلبت الكتاب هو على الخلاف أيضا ولو قالت طلقني ثلاثا وانقضت
عدتي وتزوجت بآخر وأخاف أن ينكر الطلاق فحضرته وقالت للقاضي سله حتى اذا أنكر أقت عليه
البينة فالقاضي يسأله بلا خلاف والقياس في الشكل سواء وهذا احتياط * (فصل آخر) *

قبل القراءة لان وجوب القضاء على المكتوب اليه انما يكون عند القراءة فقبل القراءة لم يكن النقل تاما
فيصل بالموت فاما اذا مات بعد وصول الكتاب والقراءة فان المكتوب اليه يعمل به هكذا ذكر في ظاهر الرواية
(قوله بخلاف ما لو كتب ابتداء) أي كتب من فلان بن فلان قاضي بلدة كذا الى من يصل اليه كتابي هذا من
قضاة المسلمين فانه لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وجهما الله وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز توسع فيه لما ابتلى
بالقضاء ولهم ما أن اعلام الكتاب والمكتوب اليه شرط ويحصل الاعلام بهذا والله أعلم * (فصل آخر) *

خليفة وقيل الظاهر ان
مجمد معه لانه من معلوم الى
مجهول والعلم فيه شرط كما
مروه ورد لقول أبي يوسف
في جوازه فانه حين ابتلى
بالقضاء وسع كثير انسهلا
للامر على الناس (ولو مات
انحصم بنفذا الكتاب على
ورثته لقيامه مقامه) سواء
كان ناريج الكتاب قبل
موت المطلوب أو بعده
(ولا يقبل كتاب القاضي
الى القاضي في الحدود
والقصاص) وقال الشافعي
في قول يقبل لان الاعتماد
على الشهود (ولنا أن فيه
شبهة البدلية فصار كالشهاد
على الشهادة) وهي غير
مقبولة فيهما (ولان مبناها
على الاسقاط وفي قبوله سعي
في اثباتهما)

* (فصل آخر) * قال في
النهاية قد ذكرنا أن كتاب
القاضي اذا كان سجلا اتصل
به قضاؤه يجب على القاضي
المكتوب اليه امضاؤه اذا
كان في محل مجتهد فيه
بخلاف الكتاب الحكمي
فان الرأي له في التقييد والرد
فلذلك احتج الى بيان
تعدد محل الاجتهاد بذكر
أصل مجملها وهذا الفصل
ليبين ذلك وما يلحق به وهذا
يدل على أن الفصل من تمة
كتاب القاضي الى القاضي
اكن قوله آخر ينافي ذلك لانه
ليس في ذلك الباب فصل قبل
هذا حتى يقول فصل آخر

قال المصنف (بخلاف ما اذا كتب ابتداء الخ) أقول قال ابن الهمام في شرح قوله ولا يقبل الكتاب الخ وأجاز أبو يوسف (ويجوز
أيضا قال في الخلاصة وعليه على الناس اليوم اهـ * (فصل آخر) *

القضاء كالجمعة لانه غير موقت بوقت يفتر بالتأخير عند العذر فمن أذن بالجمعة مع علمه أنه قد يعرض له عارض يمنعه من أدائها في الوقت ففسد
رضى بالاستخلاف بخلاف القضاء (فلو) فرضنا أنه استخلفوا (قضى الثاني بمحض من الاول أو قضى الثاني) عند غيبة الاول (فأجاز الاول جاز)
إذا كان من أهل القضاء (كفى الوكالة) فان الوكيل اذا لم يؤذن له بالتوكيل فوكل وتصرف بمحضرة الاول أو أجاز الاول جاز وقوله (لانه حضره
رأى الاول) يصلح دليلا لمسلمين أما في هذه المسئلة فلان الخليفة رضى بقضاء حضره رأى القاضى وقت نفوذه لا عثماده على علمه وعمله والحكم
الذى حضره القاضى أو أجاز قضاء حضره رأى القاضى فيكون راضيا به وأما في الوكالة فسيجيء في كتاب الوكالة قيل الاذن في الابتداء كالأجازة
في الانتهاء فلم يختلفا في الجواز وعدمه وأجيب بالمنع فان البقاء أسهل من الابتداء وأن الحكم الذى أذن له القاضى به في الابتداء قضاء لم يحضره
رأى القاضى وكان رضا الخليفة بتولية (٣٩٣) القاضى مقيد به (قوله واذا فوض اليه يملكه) أى اذا قال الخليفة للقاضى ول من

ولو قضى الثاني بمحض من الاول أو قضى الثاني فأجاز الاول جاز كفى الوكالة وهذا لانه حضره رأى الاول
وهو الشرط واذا فوض اليه يملكه فيصير الثاني نائبا عن الاصيل حتى لا يملك الاول عزله الا اذا فوض اليه العزل
هو الصحيح

المباشرة بنفسه والموعدى فلهذا يمكن رجعه الى رأيه فتضمن الايصاء الاذن بالاستخلاف وقوله (ولو قضى
الثاني بمحض من الاول أو قضى) بغيره فبلغه (فأجاز جاز كفى الوكالة) اذا وكل الوكيل غيره فتصرف بمحضرة
أو بغيره فأجازة نفذ (لانه حضره رأى الاول وهو الشرط) فانه المقصود بتوكيله وتحقيق حاله أنه فضولى
ابتداء وكيلى انتهاء ولا يتمتع اذ قد يجوز فى الانتهاء والبقاء ما لا يجوز فى الابتداء خصوصاً وقد فرض زوال المانع
من الصحة فى الابتداء وهو كونه ليس بمحضره رأى (واذا فوض اليه) الاستخلاف (يملكه فيصير الثاني نائبا
عن الاصيل) يعنى السلطان (حتى لا يملك الاول - عزله) الا اذا كان المقلد قال له ول من شئت واستبدل من
شئت فحينئذ علك عزله أو قال جعلت قاضى القضاة فان قاضى القضاة هو الذى يتصرف فيهم مطلقا تقليدا
وعزلا وفيه خلاف الشافعى وأحمد

الوقت فقد صار راضيا باستخلافه (قوله أو قضى الثاني) أى بغيره الاول فأجاز الاول كفى الوكالة فان الوكيل
اذا وكل غيره ولم يأذنه له الوكيل في ذلك فقد وكله بمحضرة أو بغيره حضرته وأجاز الوكيل الاول جاز لان
المقصود بحضور رأى الاول وقد وجد فان قبل الاجازة فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء وانه لا يملك الاذن فى
الابتداء فلما اذا ملكه فى الانتهاء قلنا الخليفة رضى بقضاء حضره رأى القاضى وقت نفوذه اما حكم الذى أذن له
القاضى فى الابتداء قضاء لم يحضره رأى القاضى وقت نفوذه فلها علمت اجازة القاضى فى الانتهاء ولم يعمل اذنه
فى الابتداء واذا فوض اليه ذلك أى الاستخلاف بان قال له الخليفة وقال من شئت كان له أن يولى غيره ويصير
الثانى نائبا عن الاصيل أى الخليفة حتى لا يملك القاضى الاول عزله ولا ينزل بموته الآن يقول له الخليفة ول من
شئت واستبدل من شئت فحينئذ علك عزله وانما يكون هكذا لان الخليفة انما رضى بتصرفه لادبانه وأمانة
والناس يتفاوتون فى ذلك ولهذا قلنا ان الوكيل لا يملك التوكيل ولا يلزم على ماذكرنا الوصى فانه يملك
التغريض فى غيره توكيلا وايضا لاننا نقول ان أو ان وجوب الوصاية ما بعد الموت وقد يهجر الوصى عن
الجري على موجب الوصاية ولا يمكن الرجوع الى الوصى فيكون الوصى راضيا باستعانتة من غيره ولا يلزم
وكيل المضارب فى الشراء بمال المضارب حيث ينزل بموت المضارب ولا ينزل وكيل الوكيل بموت الاول لان
المضارب بمنزلة رب المال من وجه ولهذا لم يملك رب المال نهيه عن التصرف فى مال المضارب بعد ما صار له

شئت كان له أن يولى غيره
(فيصير الثاني نائبا عن
الاصيل حتى لا يملك الاول
عزله) لانه صار قاضيا من
جهة الخليفة فلا يملك الاول
عزله الآن يقول واستبدل
من شئت فملك الاول عزله
وهذا بناء على أن أمر
القاضى لا يعمد الى غير
ما فوض اليه فاذا قال الخليفة
ول من شئت وقصر على
ذلك كان أمره بالتولية
والعزل خلافا واذا أضاف
الى ذلك واستبدل من شئت
كان أمره بما فوض اليه
فاذا قال الخليفة فترجل
جعلت قاضى القضاة كان
اذنا بالاستخلاف والعزل
دلالة لان قاضى القضاة هو
الذى يتصرف فى القضاة
تقليدا وعزلا كذا فى النخبة
قيس ما الفرق بين الوصى
والقاضى فان كلامهما
مفوض اليه من جهة الغير
والوصى يملك التغريض
الى غيره توكيلا وايضا

قال

وأجيب بأن أو ان وجوب الوصاية ما بعد الموت وقد يهجر الوصى عن الجرى

على موجب الوصاية ولا يمكن الرجوع الى الوصى فيكون الوصى له راضيا باستعانتة من غيره ولا كذلك القضاء وقيل القاضى يملك التوكيل
والايصاء ولا يملك التقليد والتعويل المذكور فى التقليد يجرى فيها وأجيب بأن المقلد يفعل ما لا يفعله الوكيل والوصى فيكون توقع افساد
فى القضاء أكثر

(قوله وان الحكم الذى ارجع) أقول التعويل على الجواب الثانى (قوله فيكون الوصى له راضيا) أقول كى لا تغتصب مصلحة (قوله وقيل القاضى
يملك الخ) أقول المذكور فى الفتاوى ان القاضى لا يملك نصب الوصى اذ لم يكن ذلك مكتوبا فى مشوره فلا يحتاج الى الفرق (قوله والتعويل
المذكور الخ) أقول يعنى قوله لانه قلنا القضاء دون التقليد

قال (واذا رفع الى القاضي حكم ما كأمضاه الخ) اذا تقدم رجل الى قاض وقال حكم على فلان القاضي بكذا وكذا فنفذه ان لم يكن مخالفا للكتاب كالحكم بحل متروك التسمية عند فاقه مخالف لقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه أو السنة أي المشهورة

كالحكم بحل المطابقة ثلاثا للزوج الاول بمجرد النكاح بدون اصابه الزوج الثاني فان اشترط الدخول بابت بحديث العشيلة وقد ذكرناها في التقرير على ما ينبغي أو الاجماع كالحكم بطلان قضاء القاضي في المجتهدين أو يكون قولاً لدليل عليه قيل كما اذا مضى على الدين سنون فحكم بسقوط الدين عن عليه لتأخير المطالبة فانه لا دليل شرعي يدل على ذلك وفي بعض النسخ بان يكون وهو تعليل للاستثناء فكانه يقول عدم تنفذه اذا كان مخالفاً للدلالة المذكورة بسبب ان يكون قولاً لا دليل وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر برى غير ذلك أمضاه وفيه فأتدنان احدهما أنه قيد بالفقهاء اشارة الى أن القاضي اذا لم يعلم بموضع الاجتهاد فائق قضاؤه بموضع الاجتهاد لا ينفذه المرفوع اليه على قول العامة كذا في الذخيرة (قوله وهو تعليل للاستثناء) أقول فيه بحث بل هو احتراز عن الاحكام المخالفة للكتاب أو السنة أو الاجماع لكنهما مستندة الى دليل

قال (واذا رفع الى القاضي حكم ما كأمضاه الا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الاجماع بأن يكون قولاً لا دليل عليه وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر برى غير ذلك أمضاه)

(قوله واذا رفع الى القاضي حكم ما كأمضاه الا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الاجماع) المشهورة (أو الاجماع) بان يكون قولاً لا دليل عليه وفي بعض نسخ القدوري أو يكون قولاً الخ (وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر برى غير ذلك أمضاه) قالوا انما أعاده لان في عبارة الجامع فأتدبين ليستفي القدوري احدهما تقييده بالفقهاء فأدناه لو لم يكن عالماً بالخلاف لا ينفذ قال شمس الأئمة وهو ظاهر المذهب وعليه الاكثر والثانية التقييد بكون القاضي برى غير ذلك فان القدوري لم يتعرض لهذا فيجتمه أن يكون مراده انه اذا كان رأيه في ذلك موافقاً لحكم الاول أمضاه وان كان مخالفاً لا ينفذه فأبانت رواية الجامع أن الامضاء عام فيما سوى المستثنيات سواء كان ذلك مخالفاً لرأيه أو موافقاً يعني بالطريق الاولى ولا يخفى أنه لا دلالة في عبارة الجامع على كونه عالماً بالخلاف وانما مفاده ان ما اختلف فيه الفقهاء في نفس الامر فقضى القاضي بذلك الذي اختلف فيه عالماً بأنه يختلف فيه أو غير عالم فانه أعم من كونه عالماً بما جاء قاض آخر برى خلاف ذلك الذي حكم به هذا أمضاه فربما يعيد أن الثاني عالم بالخلاف وليس الكلام فيه فان هذا هو المنفذ الكلام في القاضي الاول الذي ينفذ هذا الاثر حكمه وليس فيه دليل على انه كان عالماً بالخلاف بطريق من طرق الدلالة نعم في الجامع التنصيص على أنه ينفذه وان كان خلاف رأيه وكلام القدوري يعيده أيضاً فانه قال اذا رفع اليه حكم ما كأمضاه وهو أعم ينظم ما اذا كان موافقاً لرأيه أو مخالفاً وانما في الجامع النصوصية عليه اذا كان مخالفاً وقوله الا أن يخالف الخ حاصله بيان شرط جواز الاجتهاد ومنه يعلم كون المحل مجتهداً فيه حتى تجوز مخالفته أو لا فشرط حل الاجتهاد أن لا يكون مخالفاً للكتاب أو السنة يعني المشهورة مثل البينة على المدعي واليمين على من أنكر فلو قضى بشاهدتين لا ينفذ ويتوقف على امضاء قاض آخر ذكره في أقضية الجامع وفي بعض المواضع ينفذه مطلقاً ثم راد بالكتاب المجمع على مراده أو ما يكون مدلول لفظه ولم يثبت نسخه ولا تأويله بدليل مجمع عليه فالاول مشل حرم عليكم أمهاتكم الآية لو قضى قاض بحل أم امرأته كان باطلاً لا ينفذ والثاني مثل ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ولا ينفذ الحكم بحل متروك التسمية عند فاقه لا ينفذ فان النص قد يكون مؤولاً فيخرج عن ظاهره فاذا منعناه بحجابه بأنه مؤول بالمذبح لا لانصاب أيام الجاهلية فيقع الخلاف في أنه مؤول أو ليس بمؤول فلا يكون حكم أحد المتماظرين بأنه غير مؤول فاضياً على غيره بمنع الاجتهاد فيه نعم قد يرجح أحد القولين على

المضاربة عرضاً ولا كذلك الوكيل الاول (قوله الا أن يخالف الكتاب) كما اذا قضى قاض بشاهدتين فانه يخالف الكتاب لانه تعالى قال فاستشهدوا شاهدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ومثل هذا انما يذكره كراهة الحكم عليه ولانه قال ذلك أدنى أن لا ترنا ولا ولا مز يد على الأدنى أو السنة أي المشهورة منها كالحكم بشبوت الحل بنفس العقد بدون الوطئ فانه يخالف الحديث المشهور وهو حديث رفاعة لا حتى تذوق من عسلته ويدوق من عسلته أو الاجماع كالحكم بجواز بيع متروك التسمية عند فاقه مخالف لما اتفقوا عليه في الصدر الاول فكان قضاؤه بخلاف الاجماع وفيما اجمع عليه الجمهور لا ينفذ بمخالفة البعض وذا خلاف ولا اختلاف والمغتر بالاختلاف في الصدر الاول فالحكم بجواز بيع الدرهم بالدرهمين لا ينفذ لان الخلاف فيه محتمل عن ابن عباس رضي الله عنهما وقد أنكرت عليه الصحابة رضي الله عنهم ذلك فلا يعتبر خلافه لرد الجمهور عليه (قوله وفي الجامع الصغير) وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر برى

(٥٠ -) (فتح القدير والكشاف) - سادس) قولى من تلك الثلاثة أيضاً قال في السكاني بان يكون قولاً لا دليل عليه أى لا دليل يعتمد عليه اه فتأمل (قوله اذا لم يعلم الخ) أقول أنت شيربانه لا دلالة في عبارة الجامع على كونه عالماً بالخلاف وانما مفاده ان ما اختلف فيه الفقهاء في نفس الامر فقضى القاضي بذلك الذي اختلف فيه عالماً بأنه يختلف فيه أو لا فانه أعم من كونه عالماً بما جاء قاض آخر برى خلاف ذلك الذي حكم به هذا أمضاه فربما يعيد أن الثاني عالم بالخلاف وليس الكلام فيه فان هذا هو المنفذ الكلام في القاضي الاول الذي ينفذ هذا الاثر حكمه وليس فيه دليل على انه كان عالماً بالخلاف بطريق من طرق الدلالة نعم في الجامع التنصيص على أنه ينفذه وان كان خلاف رأيه وكلام القدوري يعيده أيضاً فانه قال اذا رفع اليه حكم ما كأمضاه وهو أعم ينظم ما اذا كان موافقاً لرأيه أو مخالفاً وانما في الجامع النصوصية عليه اذا كان مخالفاً وقوله الا أن يخالف الخ حاصله بيان شرط جواز الاجتهاد ومنه يعلم كون المحل مجتهداً فيه حتى تجوز مخالفته أو لا فشرط حل الاجتهاد أن لا يكون مخالفاً للكتاب أو السنة يعني المشهورة مثل البينة على المدعي واليمين على من أنكر فلو قضى بشاهدتين لا ينفذ ويتوقف على امضاء قاض آخر ذكره في أقضية الجامع وفي بعض المواضع ينفذه مطلقاً ثم راد بالكتاب المجمع على مراده أو ما يكون مدلول لفظه ولم يثبت نسخه ولا تأويله بدليل مجمع عليه فالاول مشل حرم عليكم أمهاتكم الآية لو قضى قاض بحل أم امرأته كان باطلاً لا ينفذ والثاني مثل ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ولا ينفذ الحكم بحل متروك التسمية عند فاقه لا ينفذ فان النص قد يكون مؤولاً فيخرج عن ظاهره فاذا منعناه بحجابه بأنه مؤول بالمذبح لا لانصاب أيام الجاهلية فيقع الخلاف في أنه مؤول أو ليس بمؤول فلا يكون حكم أحد المتماظرين بأنه غير مؤول فاضياً على غيره بمنع الاجتهاد فيه نعم قد يرجح أحد القولين على

الاخر بثبوت دليل التأويل فيقع الاجتهاد في بعض أفراد هذا القسم انه مما يسوغ فيه الاجتهاد اولاً ولذا
 نمنع نحن نهذا القضاء في بعض الاشياء ويجوز به وبالعكس واقد نقل الخلاف في الحل عندنا ايضاً وان كان
 كثير لم يحكموا الخلاف في الخلاصة في رابع جنس من الفصل الرابع من أدب القاضي قال وأما القضاء بحل
 من ولد التسمية عند الفخائر عندهما وعند أبي يوسف لا يجوز ان يبي وأما عدم تسويغ الاجتهاد بكونه مخالفاً
 للاجماع وسواء كان ذلك على الحكم أو على تأويل السهمي أو بنقل عدم تسويغ فقهاء العصر اجتهاده
 وذلك مثل اجتهاد ابن عباس رضي الله عنهما في جواز بيع الدرهم بالدرهمين لم يقبله الصحابة منه فلو قضى به
 فاض لا ينفذ حتى روى انه رجع عنه وهذا هو مراد المصنف بقوله وفيما جتمع عليه الجمهور ولا يعتبر مخالفة
 البعض ولا يعني انه لا يعتبر في انه قاعد الاجماع بل لا يعتبر في جواز الاجتهاد ولم يرد البعض مادون النصف أو
 مادون الكل بل الواحد والاثنين والالم يعتبر قضاء في محل مجتهد فيه أصلاً اذ ما من محل اجتهاد الا واحد
 الفريقين أقل من الفريقين الاخر اذ لا يضبط تساوي الفريقين ولذا لم يثبوت قط الاجماع لابن عباس
 ونحوه وهو خلاف رجل واحد فالمراد اذا اتفق أهل الاجماع على حكم فالفهم واحد لا يصير المحل بذلك محل
 اجتهاد حتى لا ينفذ القضاء بقول ذلك الواحد في مقابلة قول الباقيين ثم هذا أعم من كونهم سوغوا اجتهاده ذلك
 أولاً والذي صححه شمس الأئمة واختاره أن الواحد المخالف ان سوغوا له اجتهاده لا يثبت حكم الاجماع وان لم
 يسوغوا لا يصير المحل مجتهد فيه قال واليه أشار أبو بكر الرازي لان ذلك كما قال المصنف خلاف لاختلاف ثم
 قال المصنف المعتبر الاختلاف في الصدر الاول يعني أن يكون المحل محل اجتهاد يتحقق الخلاف فيه بين الصحابة
 وقد يحتمل بعض العبارات ضم التابعين وعليه فرع الحصاص ان للقاضي أن ينقض القضاء ببيع أم الولد لانه
 مخالف لاجماع التابعين وقد حكى في هذا الخلاف عندنا فقيل هذا قول محمد أبا علي حنيفة وأبي
 يوسف فيجوز قضاؤه ولا ينفسخ وفي النوازل عن أبي يوسف لا ينفذ القضاء به فاختلقت الرواية عن أبي يوسف
 وقال شمس الأئمة السرخسي هذه المسئلة تنبئ على أن الاجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم عند محمد وعند
 أبي حنيفة وأبي يوسف لا يرفع يعني اختلفت الصحابة في جواز بيعهم فعن على الجواز وعمر وغيره على منعه ثم
 أجمع التابعون على عدم جواز بيعهم فكان قضاء القاضي به على خلاف الاجماع عند محمد فيطلبه الثاني
 وعندهم المسالم يرفع اختلاف الصحابة وقع في محل الاجتهاد فلا ينقضه الثاني ولكن قال القاضي أبو زيد في
 التقويم ان محمد دارى عنهم جميعاً أن القضاء ببيع أم الولد لا يجوز فقد علمت ما هنا من تشعب الاختلاف في
 الرواية وبناء على اشتراط كون الخلاف في الصدر الاول في كون المحل اجتهادياً قال بعضهم ان للقاضي أن
 يبطل ما قضى به القاضي المسالكى والشافعي برأيه يعني انما يلزم اذا كان قول مالك أو الشافعي وافق قول بعض
 الصحابة أو التابعين المختلفين فلا ينقض باعتباره أنه يختلف بين الصدر الاول لا باعتباره أنه قول مالك والشافعي فلو
 لم يكن فيها قول الصدر الاول بل الخلاف مقتضب فيها بين الامامين للقاضي أن يبطله اذا خالف رأيه وعندى
 أن هذا لا يعمل عليه فان صح ان مالكاً أو أحسنه والشافعي مجتهدون فلا شك في كون المحل اجتهادياً بالافلا
 ولا شك أنهم أهل اجتهاد وورقة ولقد نرى في أثناء المسائل جعل المسئلة اجتهادية بخلاف بين المشايخ يعني
 ينفذ القضاء باحد القولين فكيف لا يكون كذلك اذا لم يعرف الخلاف الا بين هؤلاء الأئمة يؤيده ما في الذبيرة
 عن الحلواني أن الاب اذا خلع الصغيرة على صداقها وراة خيرا لها بان كانت لا تحسن العشرة مع زوجها فان
 على قول مالك يصح ويزول الصداق عن ملكها ويرأ الزوج عنه فاذا قضى به قاض تغدق في حبس منهاج
 الشريعة عن مالك في طلقها قضى عليها اربعة أشهر لم ترد ما فاتها تعتد بعه بثلاثة أشهر فاذا قضى بذلك فاض
 ينبغي أن ينفذ لانه مجتهد فيه الا أنه نقل مثله عن ابن عمر قال وهذه المسئلة يجب حفظها لانها كثيرة الوقوع ثم
 ذكر في المنتقى أن العبرة بكون المحل مجتهد فيه اشتباه الدليل لاحقية الخلاف قال ألا ترى أن القاضي اذا قضى
 بابطال طلاق المكره نفذ لانه مجتهد فيه لانه موضع اشتباه الدليل اذ اعتبار الطلاق بسائر تصرفاته ينفي حكمه
 غير ذلك ثم ضاه وقاله رواية الجامع الصغير ان الذي قضى به القاضي مختلف فيه بين الفقهاء والقاضي

والثانية أنه قيد بقوله يرى
 غير ذلك إشارة إلى أن الحكم
 اذا لم يكن مخالفاً للادلة
 المذكورة ينفذ سواء كان
 موافقاً لرأيه أو مخالفاً له
 اذا نفذ وهو مخالفاً لرأيه
 ففيما يوافقه أولى ورأيه
 القدروري ساكتة عن
 الفائدتين جميعاً

بالخلاف وليس الكلام فيه
 بل في القاضي الاول فتأمل
 قوله ورأيه القدروري
 الخ أقول عبارة القدروري
 أعم تتناول ما اذا كان موافقاً
 لرأيه أو مخالفاً وليس في
 عبارة الجامع التنصيص
 على ما اذا كان مخالفاً ويعلم
 حل الموافقة بالاولوية كما
 ذكره الا انه لا يثبت بهذا
 القدر اولوية عبارة الجامع
 من عبارة القدروري قد بر

وكذا لو قضى في حدة أو قصاص بشهادة رجل وامرأتين ثم رفع إلى قاض آخر يرى خلاف ذلك ينفذه وليس طريق القضاء الأول كونه في مختلف فيه وإنما طريقه أن القضاء الأول حصل في موضع اشتباه الدليل لأن المرأة من أهل الشهادة إذا ظهر قوله تعالى في رجل وامرأتان يدل على جواز شهادتهما مع الرجال مطلقاً وإن وردت في المداينة العبرة لعموم اللفظ ولم يرد نص قاطع في بطلان شهادة النساء في هذه الصورة ولو قضى بجواز نكاح بلا شهود نفذ لأن المسئلة تختلف فيها فالك وعثمان البتي يشترطان الإعلان لا الشهود وقد اعتبر خلافهما لأن الموضوع موضع اشتباه الدليل إذا اعتبر النكاح بسائر التصرفات يقتضي أن لا تشترط الشهادة انتهى ولا يخفى أنه إذا كانت معارضة المعنى للدليل العمي النص فوجب اشتباه الدليل فيصير العمل محل اجتihad ينفذ القضاء فيه فكل خلاف بين الشافعي ومالك أو بيننا وبينهم أو أحدهم محل اشتباه الدليل حينئذ لا يخلو عن مثل ذلك فلا يجوز أن نقضه من غير توقف على كونه بين الصدر الأول ولا بأس بذكر مواضع نص فيها أدل المذهب بعينها إذا قضى القاضي بالقصاص بحلف المدعى أن فلان قاتله وهذا لو ثبت من عداوة ظاهرة كقول مالك لا ينفذ لخالفه السنة المشهورة البينة على المدعي واليمين على من أنكر مع أن معناه ظاهراً في حديث حميدة وحويصة تذكره في القسامة إن شاء الله تعالى وبالله العالمين ولو قضى بحل المطلقة ثلاثاً بمجرد عقد الثاني بلا دخول كقول سعيد بن المسيب لا ينفذ لذلك أيضاً وهو حديث العسيلة وفي السير من الجامع الكبير إذا قضى أن الكفار لا يملكون ما استولوا عليه لا ينفذ لأنه لم يثبت في ذلك اختلاف الصحابة ولو قضى بشهادة الزوج لزوجته ينفذ وفي الفصول نقضاً عن فتاوى وشيخ الدين الزوج الثاني إذا طلقها بعد الدخول ثم تزوجها ثانياً وهي في العدة ثم طلقها قبل الدخول فترجى الأول قبل انقضاء العدة وحكم الحاكم بهذه النكاح ينفذ لأن للاجتهاد فيه مسانعة وهو صريح ثم طاقتموه من قبل أن تمسوهن فإسالكهم عاجين من عدة تعتدونها وهو أيضاً مذهب فرولو قضى في المأذون في نوع أنه مأذون فيه فقط كذهب الشافعي بصير متفقاً ولو قضى بنصف الجهاز فبين طاعت قبل الدخول وقد قبضت المهر فتجهز لا ينفذ لأنه خلاف الجمهور وينفذ القضاء بجواز بيع المهر ولو قضى بعدم جواز عفو الزوجة عن دم العمد يشاء على قول البعض أنه لاحق لها في القصاص لا ينفذ ولو زنى بامرأته فقضى باقرار البنت به نفذ وحكي في الفصول فيما إذا زنى بامرأة ثم تزوج بنتها فقضى بجوازه خلافاً عند أبي يوسف لا ينفذ للنص عليه وعند محمد يجوز وبهية السلم في الحيوان ينفذ وينفذ القرعة في رقيق أعتق الميت وأحدهم وبالشهادة لآبيه وعكسه ينفذ عند أبي يوسف ولا ينفذ عند محمد وبالشهادة على الشهادة فيما دون مدة السفر ينفذ وبشهادة شهود على وصية تختوم بمئة من غير أن يقرأها عليهم الميت أمضاه الآخر وبهية النكاح الموقت بإيام ينفذ ولو عقداً موقناً بافظ المتعة نحو متعني بنفسك عشرة أيام لا ينفذ ولو قضى برزوجه بالعيوب من العمى والجنون نفذ لأن عمر رضي الله عنه يقول يرد بها بالعيوب الخمسة وكذا بهية رد الزوجه ولو قضى بسقوط المهر بالتقدم بلاقرار ولا ينفذ ولم ينفذ وكذا إذا قضى أن لا يؤجل العنين هذا في القضاء بالجهتد فيه أما إذا كان نفس القضاء مجتهداً فيه فهذه فريعات منه وأصله أن الخلاف إذا كان في نفس القضاء الواقع توقف على أمضاه قاض آخر فإن أمضاه ليس الثالث نقضاً لأن قضاء الثاني هو الذي وقع في مجتهد فيه أعني قضاء الأول وعليه فرع إذا قضى بالخبر على المفسد للفساد لا ينفذ لتحقيق الخلاف في القضاء فيتوقف على أمضاه قاض آخر وقبل أن يعضيه الثاني نقضه لأنه ليس قضاء في مجتهد فيه وكذا لو قضى لأمه بغيره جدين فالقاضي الثاني مخير بين أن يجيزه أو يردده لأن الخلاف وقع في نفس القضاء ومنه ما لو قضى المحدث أو الأعمى وأما قضاء السلطان في أمر فلا صح أنه ينفذ وقيل لا ينفذ فعلى القول بأنه لا ينفذ يحتاج في نفاذه إلى أن ينفذه قاض آخر وقيل في مسئلة الخبر في حصة نقض الثاني أن قضاء الأول ليس بقضاء لعدم المقضى له وعليه ينفذ

الاخر يرى غير ذلك ومع ذلك أمضاه ولم تكن هذه القادة في رواية القدوري فلهذا جرح بين الرايتين هذا دأبه في أمثاله

(والاصل) في تنفيذ القاضى ما رفع اليه اذ لم يكن تخالفا لادلة المذكورة ان القضاء متى لاقى فصلا بمجتهد فيه ينفذ ولا يردده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول) فان كلامهما يحتمل الخطأ (وتدريج الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بمصادونه) درجته وهو ما لم ينصل القضاء به والقتال أن يقول القضاء في المجتهد فيه متفرع على رأى المجتهد فكيف يصلح الفرع من جرح الاصله ويمكن أن يجاب عنه بان الفرع لا يصلح مرجحا لاصله من حيث هو منه أو مطلقا والثاني ممنوع فانه يجوز أن يكون مرجحا لاصله من حيث بقاء الاصل عند وجود ما يرفع من أصل بالفرع اذ الشئ المساوى للشئ في القوة (٣٩٦) لا يرفع ما يساويه فيها مع شئ آخر والا لاول مسلم وليس الكلام فيه ويؤيده ما روى عن

عمر رضى الله عنه انه لما شغله أشغال المسلمين استعانت بزيد ابن ثابت رضى الله عنه فقضى زيد بين رجلين ثم لقي عمر رضى الله عنه أحد الخصمين فقال ان زيد اقضى على يأمر المؤمنين فقال له عمر لو كنت لقضيت لك فقال ما يمنعك يا أمير المؤمنين الساعة فاقضى لي فقال عمر لو كان هنا نص آخر لقضيت لك ولكن ههنا رأى والرأى مشترك (ولو قضى القاضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا للمذهب نفذ عند أبي حنيفة ورجحه الله وان كل عامد افقيه روايتان ووجه النفاذ وهو دليل النسيان أيضا بطريق الاول (أنه ليس بخطأ يبين)

والاصل ان القضاء متى لاقى فصلا بمجتهد فيه ينفذ ولا يردده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد رجع الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بمصادونه (ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا للمذهب نفذ عند أبي حنيفة ورجحه الله وان كان عامد افقيه روايتان) ووجه النفاذ أنه ليس بخطأ يبين قضاء الثاني باطلا عن الجرح (قوله والاصل) حاصله توجيهه أن القاضى الثاني ينفذ خلاف رأيه في المرفوع اليه وهو أن اجتهاد الثاني في البطلان كاجتهاد الاول في الصحة مثلا فتعارض اجتهاداهما وتدرج الاول باتصال القضاء به فلا ينقض الثاني باجتهاده ودونه (قوله ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا للمذهب نفذ عند أبي حنيفة) رواية واحدة (وان كان عامد افقيه روايتان) عنه (وجه النفاذ أنه ليس بخطأ يبين) لان رأيه يحتمل الخطأ وان كان الظاهر عنده الصواب ورأى غيره يحتمل الصواب وان كان الظاهر عنده خطأ فليس واحدا منهما خطأ يبين فسكان حاصله قضاء في محل مجتهد فيه ينفذ ووجه عدم النفاذ ان قضاءه مع اعتقاده غير حق عبث فلا يعتبر كمن انتهت عليه القبلة فوقع تحريه الى جهة فوصل الى غيرها لا يصح لاعتقاده خطأ نفسه فكذلك اذا هو به أخذ شمس الاثنية الا وزجندى وبالاول أخذ اصدرا الشهد وفرع بعضهم عليه أن ما فعله القضاء من الارسل الى شافعي ليحكم بطلان البين المضافة لا يجوز الا بشرط كون القاضى المرسل يرى بطلانه كالشافعي والا كان مقلدا لغيره. ففعل ما هو الباطل عنده وهو باطل قال الشيخ أبو المعين هذا خلاف ما عليه السلف فانهم كانوا يتقلدون القضاء من الخلفاء ويرون ما يحكمون به نافذا وان كان مخالفا لرأى الخلفاء انتهى وأؤكد الامور في هذا حكم شرعي بما يخالف رأى على كثير وهو يعلم ويوافقه كما علم في رده شهادة الحسن له وعمر قبله فقطل صلح عن عمر رضى الله عنه انه قد ألد بالدرء القضاء فاختم البيروجلان فقضى لاحدهما ثم اتى المقتضى عليه عرفسأله عن حاله فقال قضى على فقال لو كنت مكانه قضيت لك قال فما يمنعك فقال عمر ليس ههنا نص والرأى مشترك وغير ذلك وتحقيقة أن القاضى المرسل يقطع بان ما فعله القاضى المرسل اليه ما موربه من عند الله فظنه بطلانه معناه ظنه عدم مطابقته لحكم الله

(قوله والاصل أن القضاء متى لاقى فصلا بمجتهد فيه ينفذ ولا يردده غيره) فقد صرح عن عمر رضى الله عنه انه لما كثرت أشغاله قلدا القضاء بألدرء رضى الله عنه فاختم البيروجلان في شئ فقضى لاحدهما ثم لقي عمر رضى الله عنه المقتضى عليه فسأله عن حاله فقال قضى على فقال لو كنت مكانه لقضيت لك فقال المقتضى عليه وما يمنعك من القضاء فقال عمر ليس ههنا نص والرأى مشترك وروى عن عمر رضى الله عنه انه قضى في حادثة بقتضية ثم قضى فيها بخلاف ذلك فقبيل في ذلك فقل تلك كما قضينا وهذه كالمقتضى ولان الاجتهاد الثاني كالاول والاول تأيد باتصال القضاء الاول به فلا ينقض باجتهاده يتأيد به لانه دونه والقضاء حق الشرع فيجب صيانتها ومن صيانتها أن لا ينقض ولا يعترض عليه فلو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا للمذهب نفذ عند أبي حنيفة ورجحه الله وان كان عامد افقيه روايتان ووجه النفاذ أنه ليس بخطأ يبين ووجه عدم النفاذ انه زعم فساد قضائه فيعامل في حقه برجمه وعندهما لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطأ

(قوله لأن اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول الخ) أقول وفيه ان اعتقاد المذهب الغير انه خطأ يحتمل الصواب ومذهبنا صواب يحتمل الخطأ فلا يكون الثاني كالاول عندنا (قوله ويؤيده ما روى عن عمر الخ) أقول قال الزبائى وقد صرح ان عمر

لما كثرت أشغاله قلدا القضاء بألدرء وساق القصة قال المصنف (وان كان عامد افقيه روايتان) وعندهما أقول قال النسفي في السكافى وفي الصغرى اذا قضى في محل الاجتهاد وهو لا يرى ذلك بل يرى خلافه ينفذ عند أبي حنيفة وعليه الفتوى اه قال ابن الهمام الوجبة في هذا الزمان أن يقتضى بقاءهم لان التارك للمذهب عمدا لا يفعله الا هو باطل لا تصد جيل ثم قال وأما الناسى فلان المقلد ما قلده الالحكم بمذهبه لا بغيره وهذا كما في القاضى المجتهد وأما المقلد فانما ولاه ليحكم بمذهب أبي حنيفة مثلا فلا يملك المخالف فيكون معزولا بالنسبة الى ذلك الحكم اه (قوله بطريق الاول) أقول وجه الاولوية أن التعميد يكون لهوى باطل بخلاف النسيان

لكونه مجتهدا فيه وما هو كذلك فالحكم به نافذ كعمامة المجتهد اذا وجبه عدمه أنه رعم فساد قضائه وهو مؤاخذ برعمه (وقال أبو يوسف
ومحمد رحمهما الله لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطأ عنده) فيعمل به برعمه قال المصنف (وعليه الفتوى) قال (ثم المجتهد فيه أن لا يكون
مخالفا لما ذكرنا) لما ذكرنا حكم الحاكم في محل مجتهد فيه ماض أردنا أن يبين المجتهد فيه فقال ثم المجتهد فيه ما لا يكون مخالفا لما ذكرنا من
الكتاب والسنة المشهورة والاجماع فاذا حكم الحاكم بخلاف ذلك ورفع الى آخره ينفذه بل يبطله حتى لو نفذ ثم رفع الى قاض ثالث نقض لانه باطل
وضلال وباطل لا يجوز عليه الاعتماد بخلاف المجتهد فيه فانه اذا رفع الى الثاني نفذ كما مر فان نقضه (٣٩٧) فرفع الى ثالث فانه ينفذ القضاء

الاول ويبطل الثاني لان
الاول كان في محل الاجتهاد
وهو نافذ بالاجماع والثاني
مخالف للاجماع ومخالف
الاجماع باطل لا ينفذ والمراد
من مخالفة الكتاب مخالفة
نص الكتاب الذي لم يختلف
السلف في تأويله كقوله
تعالى ولا تنكحوا ما نكح
آباؤكم ممن النساء فان
السلف اتفقوا على عدم
جواز تزوج امرأة الاب
وطريقته التي وطئها الاب
فلوحكم كما يجوز ذلك
نقضه من رفع اليه (والمراد
بالسنة المشهورة فيها) كما
ذكرنا (والمراد بالجمع عليه
ما اجتمع عليه الجمهور) أي
جسد الناس وأكثرهم
(ومخالفة البعض غير معتبرة
لان ذلك خلاف للاختلاف)
فعلى هذا اذا حكم الحاكم على
خلاف ما عليه الاكثر
كان حكمه على خلاف
الاجماع نقضه من رفع اليه
وينبغي أن يحمل كلام
المصنف هذا على ما اذا كان
الواحد المخالف من لم يسوغ
اجتهاده ذلك كقول ابن
عباس في جواز بالفضل

وعندهما لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطأ عنده وعليه الفتوى ثم المجتهد فيه أن لا يكون مخالفا لما
ذكرنا والمراد بالسنة المشهورة منها وفيما اجتمع عليه الجمهور ولا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف وليس
الثابت في نفس الامر لكن القطع بان المكاف به منه تعالى ليس اصابة ذلك بل العمل بظنونه وان خالف
حكمه تعالى فقد أوجب عليه أن يعمل بخلاف حكمه تعالى فكان ارسال الحنفى اليه ارسالا لان يحكم بما
أمره الله تعالى ولا جناح عليه في ذلك مع علمه ان الله جوز له أن يقول هذا القول وأن يعمل به من افتاء به
أو حكم به عليه واقصا المصنف على وجه التفاضل دليل أنه المرحوم عنده هذا عند أبي حنيفة وعندهما لا ينفذ في
الوجهين (يعني وجه النسيان والعمد) لانه قضى بما هو خطأ عنده) وقد تضمن وجه أبي حنيفة جوابه ببسر
تأمل ومع ذلك ذكر المصنف كصاحب المحيط الفتوى على قوله ما روى كوفي الفتوى الصغرى أن الفتوى
على قول أبي حنيفة فقد اختلفت الفتوى والوجه في هذا الزمان أن يفتى بقوله المان التارك للمذهب عمدا
لا يفعله الا لهوى باطل لا قصد جيل وأما النامى فلان المقاد ما قلده الا يحكم بمذهبه لا بمذهب غيره وهذا كما في
القاضي المجتهد فاما المقلد فاما ولده لم يحكم بمذهب أبي حنيفة مثلا فلا علة لمخالفة فيكون معز ولا بالنسبة الى
ذلك الحكم هذا في بعض المواضع ذكرنا خلاف في حل الادم على القضاء بخلاف مذهب وقال وجه من قال
بالجواز أن القاضي ما مورر بالمشاورة وقد تقع على خلاف رأيه وجه المنع قوله تعالى وأن احكم بينهم بما
أنزل الله الآية وتواضع غير رأيه اتباع هوى غيره والوجه الصحيح أن المجتهد ما مورر بالعمل بمقتضى ظنه
اجماعا وهذا بخلاف مقتضى ظنه وعمله هنا ليس الاقضاء بخلاف المرسل الى من يرى خلاف رأيه لم يحكم هو
فانه لم يحكم فيه شيء هذا ومن تمة اليمين المضافة انه اذ فسخ اليمين المضافة بعد التزوج لا يحتاج الى تجديد العقد
ولو وطئها الزوج بعد النكاح قبل الفسخ ثم فسخ حكم عن برهان الأئمة يكون الوطء حلالا لو كانت اليمين كل
امرأة أتزوجها فتزوج امرأة وفسخت اليمين ثم تزوج باخرى هل يحتاج الى القسم في كل امرأة ذكر فيه
خلاف عند أبي يوسف وعند محمد لا وفي المتن ذكرنا أن عند أبي حنيفة يحتاج وعند أبي يوسف لا يحتاج
واختلف فيه المشايخ أيضا وحيلة أن لا يحتاج في كل امرأة أن يقضى القاضي عند تزوج امرأة ببطلان
اليمين الواقعة معا لقام غير قيد فسخها في حق تلك المرأة وسند كوفي أمر الفتوى فيها كلاما آخر في باب

عنده وعليه الفتوى وفي الصغرى اذا قضى في محل الاجتهاد وهو لا يرى ذلك بل يرى خلافه ينفذ عند أبي
حنيفة رحمه الله وعليه الفتوى وفي الفصول بحال الى المحيط والخبره اذا قضى في فصل مجتهد فيه وهو لا يعلم
بذلك اختلف المشايخ فيه بعضهم قالوا ينفذ قضاؤه وعامتهم على انه لا يجوز وانما ينفذ اذا علم بكونه مجتهدا فيه
قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله هذا هو ظاهر المذهب (قوله وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة
لبعض وذلك خلاف للاختلاف) يقال جمهور الناس أي جملهم وأكثرهم يعني أن الاجماع يقع باجماع
أكثر أهل الاجماع على حكم وان كان الأقل منهم يخالفهم لان العبرة لا أكثر هذا بظاهره بخالف ما ذكره في

فانه لم يسوغ له ذلك فلم يتبعه أحدوا نكروا عليه فاذا حكم كما يجوز ذلك وجب نقضه لان الاجماع منع على الحرمة بدونه فاما اذا سوغ
له ذلك لم ينعقد الاجماع بدونه كقول ابن عباس رضي الله عنهما في اشترط حجب الامن من الثالث الى السادس بالجمع من الاخوة وفي اعطائها
ثلث الجميع بعد فرض أحد الزوجين فان حكم به كما لم يكن مخالفا للاجماع وهذا هو المختار عند شمس الأئمة وأعله اختيار المصنف ولا يحمل
على قول من يرى أن خلاف الأقل غير مانع لان نقاده لانه ليس بصحيح عند عامة العلماء (قوله والمجتهد الاختلاف في الصدر الاول) معناه أن
الاختلاف الذي يجعل محل مجتهدا فيه هو الاختلاف الذي كان بين الصحابة والتابعين لا الذي يقع بعدهم وعلى هذا اذا حكم الشافعي
أو المالكي برأيه بما يخالف رأى من تقدم علمه من الصدر الاول ورفع ذلك الى الحاكم لم يرد ذلك كان له أن ينقضه

قال (وكل شيء قضي به القاضي في الظاهر بتحرير الخ) كل ما قضي به القاضي بتحريره في الظاهر أي فيما بيننا فهو في الباطن أي عند الله حرام وكذا إذا قضي بإحلال لكن بشرط (٣٩٨) أن تكون الدعوى بسبب معين كمنكاح أو بيع أو طلاق أو عتاق لاني الاملاك المرسلة

باختلاف والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول قال (وكل شيء قضي به القاضي في الظاهر بتحريره فهو في الباطن كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله) وكذا إذا قضي بإحلال

التحكيم (قوله وكل شيء قضي به القاضي في الظاهر بتحريره فهو في الباطن كذلك) أي هو عند الله حرام ان كان الشهود الذين قضي بهم كذبة والقاضي لا يعلم ذلك (وكذا إذا قضي بإحلال) يكون حلالا عند الله

نسخ أصول الفقه أن الاجماع لا ينبغي بمخالفة البعض وان كان المخالف واحدا حتى انهم اختلفوا في اجماع سبقهم فيه مخالف قال بعضهم هم هذا لا يكون اجماع لان ذلك المخالف لو كان حيا لم يحل لم ينفع اجماع من سواه اجماعا فكذلك اذا كان ميتا لان اعتبار قوله لا دليل له لا بحياته ولا بجهته لا يبطل دليله كذا في التقويم وغيره وهذا نص منهم على أن الاجماع لا ينبغي اذا كان المخالف حيا وان كان واحدا وذكره شمس الاثمة السرخسي رحمه الله في أصول الفقه وكان السرخسي رحمه الله يقول بشرط الاجماع أن يجتمع علماء العصر على حكم فاما اذا اجتمع أكثرهم على شيء ومخالفة فهم واحد أو اثنان لم يثبت حكم الاجماع وهذا قول الشافعي رحمه الله أيضا لان النبي عليه السلام قال أصحابي كالنجم بأيهم اقتديتم اهتديتم قلنا فلا بد من التوفيق بين المذكور في نسخ أصول الفقه من اعتبار مخالفة البعض وبين المذكور هنا ووجهه أن المذكور في تلك النسخ فيما سوغوا للمخالف الاجتهاد ولم ينكروا عليه والمذكور هنا فيما لم يسوغوا له الاجتهاد وأنكروا عليه ويؤيد ذلك ما قاله شمس الاثمة السرخسي رحمه الله في أصول الفقه والاصح عند أبي حنيفة ما أشار اليه أبو بكر الرازي رحمه الله أن الواحد اذا خالف الجماعة فان سوغوا له ذلك الاجتهاد لا يثبت حكم الاجماع بدون قوله بمنزلة خلاف ابن عباس للصحابية رضوان الله عليهم في زوج وأبو بن وامرأفأبو بن بان للام ثلث جميع المسائل وان لم يسوغوا له الاجتهاد وأنكروا عليه فانه يثبت حكم الاجماع بدون قوله بمنزلة قول ابن عباس في حل التفاضل في أموال الربا فان الصحابة لم يسوغوا له هذا الاجتهاد حتى روي انه رجع الى قوله هم وكان الاجماع ثابتا بدون قوله (قوله والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول) فقال في الذخيرة انما اعتبر الخلاف بين المتقدمين والمراد من المتقدمين الصحابة ومن بعدهم من السلف ولم يعتبر الخلاف بيننا وبين الشافعي والعبارة الحقيقة الاختلاف في صيرورة المحل مجتهدا فيه وفي المتن يشرى إلى أن العبارة لا شبهة الدليل للحقيقة الاختلاف ألا ترى أن القاضي لو قضي بإبطال طلاق المكره نفذ قضاؤه لانه قضاء في فصل مجتهد فيه لانه موضع اشتباه الدليل لان اعتبار الطلاق بسائر التصرفات ينفي حكمه وكذلك لو قضى في حد أو قصاص بشهادة رجل وامرأتين ثم رفع الى قاض آخر يري خلاف رأيه فانه ينفذ قضاؤه ولا يبطله وليس طريق تنفيذ قضاء الاول في هذه الصورة حصوله في محل مختلف فيه لانه لم يباغض الاختلاف فيه وانما طريقه أن القضاء حصل في موضع اشتباه الدليل لان المرأة من أهل الشهادة وظاهر قوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان يدل على قبول شهادة النساء مع الرجال مطلقا نظر الى اللفظ وانه وان ورد في باب المداينة الآن العبارة عند العموم اللفظ لا لخصوص السبب ولم يرد نص قاطع في ابطال شهادة النساء مع الرجال في هذه الصورة ولو قضى بجواز نكاح بغير الشهود نفذ قضاؤه لان المسئلة تختلف فيها فالك وعثمان ألبسقي كانا يشترطان الاعلان لا الشهادة حتى لو حصل الاعلان بحضور الصبيان والمجانين يصح النكاح وقد اعتبر نكاحهم لان الموضوع موضع اشتباه الدليل لان اعتبار النكاح بسائر التصرفات يقتضي أن لا يشترط الشهادة (قوله وكل شيء قضي به القاضي في الظاهر بتحريره فهو في الباطن كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله) فن صور التحريم ما اذا دعت المرأة على زوجها انه طلقها ثلاثا وأقامت على ذلك شهود ذور وقضى القاضي بالفرقة بينهما وتزوجت بزواج آخر بعد انقضاء العدة فعلى قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف الاول وجهما الله لا يحل لزواج الاول وطئها

وهي مسألة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وفي العقود ما اذا ادعى على امرأة نكاحا أو نكحت فاقام عليها شاهدي زور وقضى القاضي بالنكاح بينهما حل للرجل وطؤها وحل للمرأة النكاح منه على قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف الاول خلافا لعمد وزفر والشافعي وهو قول أبي يوسف الآخر وكذا اذا دعت على رجل وأنكر ومنها ما اذا قضي بالبيع بشهادة الزور سواء كانت الدعوى من جهة المشتري مثل أن قال بعني هذه الجارية أو من جهة البائع مثل أن يقول اشتريت مني هذه الجارية فانه يحصل للمشتري وطؤها في الوجهين جميعا سواء كان القضاء بالنكاح بحضور من يصلح شاهد اذنه وبالبيع بثمن قيمته الجارية أو باقل مما يتغابن فيه الناس أولا عند بعض المشايخ لان الشهادة شرط لانشاء النكاح قصد او الانشاء هنا يثبت اقتضاء فلا يشترط الشهادة وأن البيع يغني فاحش مبادله ولهذا عاكه العبد المأذون له والمكاتب وان لم يملكه كالشترع فكان كسائر المبادلات وقال بعضهم انما يثبت النكاح والبيع اذا كان القضاء بحضور من الشهود لانها شرط صحة العقد ولم يكن البيع يغني فاحش

وهذا

كسائر المبادلات وقال بعضهم انما يثبت النكاح والبيع اذا كان القضاء بحضور من الشهود لانها شرط صحة العقد ولم يكن البيع يغني فاحش

لان القاضي يصير منشأ
وانما يصير منشأ قبله ولاية
الانشاء وليس له ولاية
البيع بعين فاحش لانه
تبرع ومن القسوخ ما اذا
ادعى أحد المتعاقدين فسخ
العقد في الجارية وأقام
شاهدي زور ففسخ القاضي
حسب البائع وطوها ومنها
ما اذا ادعت على زوجها
أنه طلقها نائلا وأقامت
شاهدي زور وقضى
القاضي بالفرقة وتزوجت
زوج آخر بعد انقضاء العدة
حل للزوج الثاني وطوها
ظاهرا وباطنا علم أن الزوج
الاول لم يطلقها بان كان
أحد الشاهدين أو لم يعلم
بذلك وقالان كان عالما
بحقيقة الحال لا يحل له ذلك
الوطء لان الفرقة عندهما
لم تقع باطنا ولم يعلم بها
حسب له ذلك وأما الزوج
الاول فلا يحل له الوطء عند
أبي يوسف آخر اوان كانت
الفرقة لم تقع باطنا لانه لو
فعل ذلك كان زانيا عند
الناس فعدونه وذكر شيخ
الاسلام أن على قول أبي
يوسف الآخر يحل وطؤها
سرا وعلى قول محمد يحل
للاول وطؤها لم يدخل
بها الثاني فاذا دخل بها لا يحل
سواء علم الثاني بحقيقة الحال
أو لم يعلم

(قوله لان القاضي يصير منشأ)
أقول الظاهر أن يقال منشأ
منشأ (قوله لانه تبرع)
أقول أي من وجه (قوله
كالنكاح) إذا نطقت بشبهة

وهذا ان كانت الدعوى بسبب معين وهي مسألة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مرت في النكاح

تعالى وان كان بشهادة الزور (وهذا) عند أبي حنيفة وهو مشروط بما اذا كانت الدعوى بسبب معين (لحل والحرمة كالبيع والنكاح والطلاق وهذه المسئلة هي التي تقدمت في النكاح المعنونة بان القضاء بالعقود والفسوخ بشهادة الزور بغير علم القاضي نافذ عند أبي حنيفة باطنا خلافا لصاحبيه وباقى الأئمة ومن المثل ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي جاحدة وأقام بينة زور وقضى بالنكاح بينهما حل للمدعى وطوها ولها التمكن خذ لا فالحكم وكذا اذا ادعت نكاحا على رجل وهو يحكمده ومنها قاضي يبيع أمة بشهادة زور بان ادعى على رجل أنه باعها منه أو أنك اشترى بها حل للمدعى وطوها اذا قامت البينة الزور وقضى بها وكذا في القسوخ بالبيع والافالة وفي الهبة وايتان ومنها ادعت ان الزوج طلقها نائلا وهو ينكر فقامت بينة زور فقضى بالفرقة فتزوجت باخر حل له وطوها عند الله تعالى وان علم بحقيقة الحال ولا يحل عند الأئمة اذا كان عالما بكنب الشهود ومن صور التحريم صى وصبية سياف كبرا وأعتقا ثم تزوج أحدهما بالآخر خرافا حرمي مسلما وأقام بينة انهما ولداه وقضى القاضي بينهما بالفرقة فان جع الشهود أو تبين أنهم شهدوا زور ولا يحل للزوج وطوها عنده لان القضاء بالحرمة نفذ باطنا وظاهرا ومحمد في هذا

ظاهرا وباطنا يحل للزوج الثاني وطنها ظاهرا وباطنا علم بحقيقة الحال أن الزوج الاول لم يطلقها بان كان الزوج الثاني أحد الشاهدين أو لم يعلم بحقيقة الحال بان كان الزوج الثاني أجنبيا وأما على قول أبي يوسف الآخر قول محمد رحمه الله لا يحل للثاني وطنها اذا كان عالما بحقيقة الحال لان الفرقة عندهما لم تقع باطنا وان لم يعلم بحقيقة الحال يحل له وطنها وهل يحل للاول وطنها على قول أبي يوسف الآخر قيل لا مع انه لم تقع الفرقة عنده باطنا لانه لو فعل ذلك كان زانيا عند الناس فعدونه وذكر شيخ الاسلام رحمه الله ان على قول أبي يوسف الآخر يحل للاول وطنها سرا وعلى قول محمد يحل للاول وطنها لم يدخل بها الثاني فاذا دخل بها الثاني الا أن لا يحل للاول وطنها سواء كان الثاني يعلم بحقيقة الحال أو لم يعلم ومن صور الاحلال رجل ادعى على امرأة نكاحا وهي تجسس وأقام عليها شاهدي زور وقضى القاضي بالنكاح بينهما حل للرجل وطنها وحل للمرأة التمكن منه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله في قوله الاول وعند محمد وأبي يوسف في قوله الآخر لا يحل لرجلها ذلك وهو قول زفر والشافعي رحمه الله ويعني بالنكاح ظاهرا أن يسلم المرأة الى الرجل ويقول سلمى نفسك الى فانه زوجك وبالنكاح باطنا أن يحل له وطنها ويحل لها التمكن فيما بينهما وبين الله تعالى لهما ان شهادة الزور حجة ظاهر الا باطنا فينقض القضاء بظاهر الا باطنا لان القضاء انما ينفذ بقدر الحجة وشهادة الزور باطله باطنا فكيف ينفذ باطنا فصار كالمشهد كان الشهود كفارا أو عبيدا أو محدودين في قذف والمشهد له يعلم حالهم والقاضي لا يعلم فان قضاؤه ينفذ ظاهرا الا باطنا ويكفر قضي بنكاح منكوحه الغير أو معتدة الغير بشهود الزور فانه ينفذ ظاهرا لا باطنا اجبا وله أن القضاء اظهر لعقد سابق ولا بد من عقد سابق فيها والاتقدم العقد اقتضاء ضرورة صحة الاظهار لتقطع المنازعة بينهما من كل وجه اذ لو لم يثبت الحل بينهما باطنا يكون هذا تمهيدا للمنازعة بينهما الا قطعان قيل لو كان قضاؤه متضمنا لانشاء العقد سابقا فليشترط الشهود عند قوله قضيت فلما قد قال شمس الأئمة السر حصى رحمه الله وغيره انه لا ينفذ باطنا عنده بقوله قضيت الا بحضور الشهود وقيل يصح النكاح بغير محضر منهم لانه انما يثبت مقتضى صحة قضاؤه في الباطن وما يثبت مقتضى صحة الغير لا يثبت بشرائطه كالبيع في قوله اعتق عبدك عنى على ألف بخلاف ما اذا كان الشهود كفارا أو عبيدا أو محدودين في قذف لان الوقوف على هذه الاشياء ممكن فلم تصر شهادة هؤلاء حجة من كل وجه فاعتبر بحجة ظاهرا والوقوف على حقيقة الصدق متعذر فبني الامر على كون الشهود صدقة عنده (قوله اذا كانت الدعوى بسبب معين) بان ادعى جارية بسبب الشراء من رجل أو ادعى على امرأة نكاحا ما اذا ادعى ملكا مطلقا بان

فاذا دخل بها لا يحل (أقول لو جوب العدة كالنكاح) إذا نطقت بشبهة

قال (ولا يقضى القاضي على غائب الخ) القضاء على الغائب وله عندنا لا يجوز الا اذا حضر من يقوم مقامه وقال الشافعي ان غاب عن البلد أو عن مجلس الحكم واستتر في البلد جاز والا لا يصح في الاصح لان في الاستتار تضيقا للحقوق دون غيره واستدل بان ثبوت القضاء بوجوده والحقبة وهي البيئة فاذا وجدت ظهر الحق فيحق للقاضي العمل بقضائها وانما العمل بالشهادة لقطع المنازعة لان الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب ولا يجوز بناء الحكم على الدليل المحتمل (١٠٠) الا ان الشريعة جعلها حجة ضرورية لقطع المنازعة ولهذا اذا كان الخصم حاضرا

قال (ولا يقضى القاضي على غائب الا ان يحضر من يقوم مقامه) وقال الشافعي رحمه الله يجوز لوجود الحقبة وهي البيئة وظاهر الحق ولذا ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة ولا منازعة دون الانكار ولم يوجد

الفرع مع أبي حنيفة لانه لا يعلم حقيقة كذب الشهود وأجمعوا في الاملاك المرسلة عن تعيين سبب أنه لا يحل باطنا والوجه في الاصل والفرق تقدم قبيل باب الاولياء والا كفاء ومن الوجه لابي حنيفة أنه لو فرق بينهما بامر الزوج نفذ باطنا واما غيره فأمروا بالله أولى والقاضي مأمور بذلك منه جسد وعلا واما الاستشهاد بتقرير المتلاعنين فينفذ باطنا وان كان أحدهما كاذبا فلا يسئ وفي الخلاصة وأجمعوا على أنه لو أقر بالطلاق الثلاث ثم أنكر وحلف ففرض له ما لا يحل وطؤها وان الشهود دلوا عليها عيبا أو كفارا أو محدودين لا ينفذ باطنا وفيها رجل قال لا مرأته أنت طالق البتة ونوى واحدة بانه أو رجعية فقضى القاضي بانها ثلاثا أخذ بقول على نفذ القضاء ظاهرا وباطنا ثم بعد ذلك ان كان الزوج مجتهدا يتبع رأى القاضي عند محمد وعند أبي يوسف يتبع رأى القاضي ان كان مقضيا عليه وان كان مقضيا له يتبع أشد الأمرين عليه وان كان عاميا فان استفتى فاستفتاه بالغي صار كالثابت بالاجتهاد عنده وان لم يستفت أخذ بما قضى به انتهى والوجه عندى قول محمد لان اتصال القضاء بالاجتهاد كالتكليف للقاضي يرجع على اجتهاد الزوج والاخذ بالراجح متعين وكونه لبراءة الامتناع من القران قبل القضاء أما بعده وبعد نفاذه باطنا كما فرضت المسئلة فلا (قوله ولا يقضى القاضي على غائب الا ان يحضر من يقوم مقامه) وقال الشافعي يجوز اذا كان غائبا عن البلد أو فيها وهو مستتر قول واحد وهو قول مالك وأحمد وان كان في البلد غير مخفف فله قولان أحكمهما لا يحكم عليه بدون حضوره وهو قول مالك والفرق ان في المستتر تضيقا للحقوق لولم يحكم وفي غيره لا احتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم البيئة على المدعى واليمين على من أنكر فاشتراط حضور الخصم زيادة عليه بلا دليل ولنا قوله صلى الله عليه وسلم على حين استقضاءه على اليمين لا تقض لاحد الخصمين بشئ حتى تسمع كلام الآخر وقدمناه من رواية أبي داود وغيره وتصحيحه وتحسينه فعلم ان جهالة كلامه مانعة من القضاء وذلك ثابت مع غيبته وغيبته من يقوم مقامه ولان حجية البيئة على وجهه ولو جب العمل بها موقوف على عجز المنكر عن الدفع والطعن فيها والعجز عنه لا يعلم الا مع حضوره أو نائبه ولان شرط العمل بها الانكار حتى لا تسمع على مقر ولا يقضى به اذا اعترض الاقرار قبل القضاء وبغيبته يفوت العلم بوجود شرط العمل بها وهو الانكار وما لم يعلم بوجود الشرط لا يحكم بثبوت الشرط وهو صحة الحكم ولا يكفي في الحكم بثبوت كونه الاصل لانه يترتب عليه وجود أمر فلا بد من ثبوت وجوده ولذا قلنا اجبنا فحين قال لعبده ان لم تدخل الدار اليوم فانت حرقضى اليوم وقال السيد دخلت وقال العبد لم أدخل لا يحكم بوجود العتق لو جود الشرط بناء على أن الاصل عدم الدخول اما ذكرنا أنه جعل شرطا لحدوث أمر آخر فلا يحكم بوجوده بناء على الاصل ادعى جارية بانها مملوكة ولم يذكر السبب وأقام على ذلك بينة وقضى له بها لا يحل له وطؤها بالاجماع لان الملك لا بد له من سبب وليس بعض الاسباب أولى من البعض لتزاحمها اذا الملك يشبث نارة بالشراء وأخرى بالارتز وغيره فلا يمكن اثبات السبب سابقا على القضاء بطريق الاقتضاء واثبات الملك مطلقا لاسباب ليس في وسع العباد وفي

وأقر بالحق لاحاجة إليها ولا منازعة الا بعد الانكار ولم يوجد فان قال قد علمتم بالشهادة بدون الانكار اذا حضر الخصم وسكت أجيب بان الشرع عزله منكرا حلا لامره على الصلاح اذا ظاهرا من حال المسلم أن لا يسكت ان كان عليه دين أو رفع الظلمة ان أراد بسكوته توقيف حال المدعى عن سماع الحقبة فكان الانكار موجودا حكما وان قال سلمنا ان لا منازعة الا بالانكار لكنه موجود ظاهرا فيما نحن فيه فان الاصل عدم الاقرار اذا الاصل في البدال الملك قلنا ممنوع فان الظاهر من حله الاقرار لان المدعى صادق بظاهر الوجود ما يصره عن الكذب من العقل والدين فهو لا يترك الاقرار لعقله ودينه أيضا وان قال لو أنكر ثم غاب كان الواجب سماع الحقبة وليس كذلك قلنا اذا كانت شرطا فالسلازمة ممنوعة لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشرط وسيأتي له جواب آخر وان قال وقف الحكم على حضور الخصم

غير مفيد بعد ظهو والحق بالبيئة لانه ان حضر فافترقت الدعوى وان أنكر فكذلك فالجواب بان النزاع في ظهور ولانه الحق بالبيئة فانه عندنا لا يظاهر بها الا بالنزاع وبانه مفيد لاحتمال ان يطعن في الشهود ويثبت الدعوى ويدعى الاداء ويثبت او يقر قبل القضاء بالبيئة فيبطل الحكم بالبيئة ووقوع ذلك بعد الحكم يمكن وفيه ابطاله وصون الحكم عن البطلان من اجل القوائد

(قوله فاما اذا كانت شرطا الخ) أقول فيه نامل ثم الظاهر أن يقال اذا كان بدل قوله اذا كانت (قوله وبانه مفيد الخ) أقول ومن هذا يعلم وجه ما فعله قضاة زماننا حيث رسلوا المدعى عليه مع المدعى الى القاضي السكاك اذا طلب ذلك منهم

(قوله ولأنه يحتتمل الاقرار بالخ) دليل آخر على المطالب والضمير للشأن ويجوز ان يشتبه في وجه القضاء واعل الشار ومعه ان الشأن يحتتمل الاقرار والانكار أو وجه القضاء يحتتملهما من الخصم فيشتبه على الحكم وجه القضاء لان أحكامهما مختلفة فان حكم القضاء بالبينة وجوب الضمان على الشهود وعند الرجوع ويظهر في الزوائد المتصلة والمنفصلة وقد تقدم في أول باب الاستحقاق من المبرع أن الرجل اذا اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة فإنه يأخذها وله اوان أقر بها الرجل لم يأخذها لان البينة حجة مطلقة كاسمها مبنية فيظهر ملك الجارية من الاصل فيكون الولد متفرعا عن جارية مملوكة للمستحق ولهذا ترجع الباعة بعضهم على بعض بخلاف الحكم بالاقرار فإنه حجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير ولهذا لا يرجع الباعة بعضهم على بعض فان استدل الخصم بقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى فإنه لا يفصل بين كون انطس حاضرا أو غائبا أو بحديث هند حيث قالت يا رسول الله ان أباسفبان رجل شحج لا يعطيني ما يكفيني وولدي فقال خذي من مال أبي سفبان ما يكفيك ولذلك ما مهر وف فقد قضى عليه بالنفقة وهو غائب أجبناه عن الحديث الاول بأنه يدل على أن من ادعى شيأ فعليه إقامة البينة وهو مع كونه متروك الظاهر لان الخصم اذا أقر (١٠١) ليس على المدعى إقامة البينة ليس بعمل

للتزاع وانما النزاع في أن القاضى هل يجوز له أن يحكم على الغائب أولا وليس فيه ما يدل على نفي أو اثبات وقد قام الدليل على نفيه وهو قوله صلى الله عليه وسلم لعلى حين بعته الى اليمن لا تقض لاحد الخصمين بشئ حتى تسمع كلام الآخر فانك اذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضى رواه الترمذى وقال هذا حديث حسن وعن حديث هذبان عليه الصلاة والسلام كان عالما باستحقاق النفقة على أبي سفبان ألا نرى أنها لم تقسم البينة (قوله لو انكر ثم غاب فكذا ذلك) يعني لا يقضى القاضى في غيبته وان وجد منه الانكار وكذا اذا

ولأنه يحتتمل الاقرار والانكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء لان أحكامهما مختلفة ولو أنكر ثم غاب فكذلك لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف أبي يوسف رحمه الله ومن يقوم مقامه قد يكون نائبا فان قيل الخلاف ثابت فيما لو حضر وأنكر ثم غاب قلنا لان بقاء الانكار شرط القضاء بالبينة وهو يحتتمل لجواز الرجوع عنه ابالانظر الى الاصل ولا عبرة به وانما يقضى عليه بالبينة اذا حضر وسكت لانزال الشرع اياه منكر الا لانه غير منكر وما قيل وقف البينة على حضوره غير مفيد لانه اما أن يقرأ وينكر وعلى الوجهين المدعى لازمة عليه فليس بشئ لان مع حضوره يحتتمل أن يقر فبطل حكم البينة أولا فيقطعن في البينة ويثبت أولا لا يعطى عليه بالبينة ومع غيبته يشتبه وجه القضاء ولا يجوز وهذا لان حكم الحاكم بالبينة أن ينفذ في حق سائر الناس وبالاقرار يقتصر على المقر ويظهر ذلك فمن اشترى جارية النكاح أو الشراء يقدم النكاح أو الشراء اقتضاء تعميما للقضاء والقاضى ولا ينعى على أن ملكه بذلك السبب في الجلة فينفذ قضاءه باطنا وفي الهبة والصدقة روايتان عن أبي حنيفة رحمه الله وفيما اذا ادعى شراء الجارية بائن من قيمتها بغبن فاحش قال بعضهم لا ينفذ باطنا فيه تبرعا بمقدار الغبن وقال بعضهم ينفذ باطنا عنده كفى سائر المبادلات (قوله ولأنه يحتتمل الاقرار والانكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء) فان قيل لو حضر الخصم ولم ينكر وسكت سمعت عليه البينة مع أن سكوتة تحتتمل للاقرار قلنا لان القاضى يجعل سكوتة عن البين اقرارا وبذلك للحق (قوله لان أحكامهما مختلفة) أى احكام القضاء مع البينة عند الانكار وأحكام القضاء مع الاقرار فان حكم القضاء بالبينة يقع على الناس كافة وعلى الاصل لا على الاقتصار في الحال وحكم القضاء بالاقرار بخلافه بيبانه رجل اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة فإنه يأخذها وله اوان أقر بها لم يأخذها لان البينة حجة مطلقة كاسمها مبنية فيظهر ملك الجارية من الاصل فيكون الولد متفرعا من جارية مملوكة للمستحق ولهذا لا يرجع الباعة بعضهم على البعض بخلاف الحكم بالاقرار فإنه حجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير ولهذا لا يرجع الباعة بعضهم على البعض (قوله ومن يقوم مقامه) أى قوله في

(٥١ - فتح القدير والكفاية - سادس) انكر وسمعت البينة ثم غاب قبل القضاء (لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء) لان البينة انما تصير حجة بالقضاء وهو الجواب الموعود بقولنا سائق (وفيه خلاف أبي يوسف) فإنه يقول الشرط الاصر على الانكار الى وقت القضاء وهو ثابت بعد غيبته بالاستصحاب وأجيب بان الاستصحاب يصلح للرفع للائذبات قال (ومن يقوم مقامه الخ) لما ذكر أن القضاء على الغائب لا يجوز الا أن يحضر من يقوم مقامه بين ذلك واعلم أن قيام الحاضر مقام الغائب اما أن يكون بفعل فاعل أو يكون حكما شرعيا والاول اما أن يكون الفاعل هو الغائب كما اذا وكل شخصاً وهو ظاهر أو القاضى كما اذا أقام وصييا من جهته والثاني اما أن يكون ما يدعى به على الغائب سببا لازما لا يدعى به على الحاضر

(قوله والضمير للشأن) اقول فيه بحث فان الجلة بعده تحتتمل ضميره الا ان يراد بضمير الشأن ما هو المصطلح (قوله ويجوز ان يشتبه الخ) اقول واتى بضميره في الاول والاخصار قبل الذكر جائز في باب التنازع الا ان جواز تنازع الحرف والفعل في اسم بعدهما يحتاج الى البيان (قوله وعن حديث هند الخ) اقول ولأنه لم يكن قضاء وانما كان فتوى (قوله وفيه خلاف أبي يوسف الخ) اقول وفيه تأمل (قوله واعلم ان قيام الحاكم الخ) اقول كأنه يشير الى ان المضاف مقدور قبل قوله ومن يقوم مقامه أى وقيام من يقوم

أو شرطاً لحقه فان كان سبباً لازماً سواء كان المدعى واحداً كما اذا ادعى داراً في يد رجل أن ملكه وأنكر ذلك فالمدعى بينة أن الدار داره
اشتراها من فلان الغائب وهو ملكها فان المدعى وهو الدار شئ واحد وما ادعى على الغائب وهو الشراء سبب لثبوت ما يدعى على الحاضر لان
الشراء من المال سبب للملك لا للاحالة (٤٠٢) أو شئين مختلفين كما اذا شهد شاهدان لرجل على رجل بحق من الحقوق فغال المشهود

بأنابته كالوكيل أو بأبابة الشرع كالوصى من جهة القاضي

فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينه يأخذها وله أو ولدها ولو أقر به الرجل لم يأخذها ولا يرجع بالثمن
على بائعها وبالبينه ترجع الباعة بعضهم على بعض وماذا كرهنا في المألو أنكر ثم غاب قول أبي حنيفة لان
الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف أبي يوسف فانه قال يحكم به لان انكاره سمع نصاً
فوجد شرط بحيثها كالأقر ثم غاب يقضى بالاقرار وفي نوادر ابن سماعة عن محمد أنه لا يقضى بالبينه ويقضى
بالاقرار وهو قول أبي حنيفة لان في البينة للمدعى عليه حق الطعن في البينة والقضاء عليه حال غيبته يبطل
هذا الحق أما ليس له حق الطعن في اقراره فالقضاء عليه حال غيبته ثم لا يبطل حقه وكان أبو يوسف يقول
أولاً لا يقضى بالبينه والاقرار على الغائب جميعاً ثم وجع لما تبلى بالقضاء وقال يقضى فيها جميعاً واستحسنه
حفظ الاموال الناس فاذا علمنا أنه لا بد من حضوره أو حضور من يقوم مقامه فنقوم مقامه أحد ثلاث نائب
بأنابته كوكيله أو بأبابة الشرع كالوصى من جهة القاضي وقد يكون حكماً يعني شخصاً يقوم مقامه حكماً أي
يكون قيامه عنه كالملازم له واقتصر المصنف عليها نقلاً للمصنف من جهة القاضي فان فيه اختلاف
الروايتين وهو الذي ينصبه القاضي ليسمع عليه الدعوى وكذا لو حضر المدعى رجلاً غير شخصه ليسمع
القاضي الخصومة والقاضي يعلم أنه ليس بخصم لا يسمع الخصومة عليه ولا على المسخر من جهته وانما يجوز
نصب القاضي الوكيل عن خصم اختفى في بيته ولا يحضر مجلس الحكم ولكن بعد أن يبعث أمناه الى باب
داره فينادي على باب داره ويقول احضر مجلس الحكم والايحكم عليك أماناً غير ذلك الموضوع فلا وذ كر محمد
في الجامع رجل غاب وجاء رجل فادعى على رجل ذكر أنه غريم الغائب والغائب وكله يطلب كل حق له على
غريمائه بالكوفة بالخصومة والمدعى عليه ينكر وكالته فاقام بينة على وكالته يقضى عليه بالوكالة يعني على الغائب
قال شيخ الاسلام فيه دليل على جواز الحكم على المسخر فانه قال ذكر أنه غريم الغائب ولم يقل هو غريم الغائب
قال الصدر الشهيد هذا محمول على ما اذا لم يعلم القاضي أنه مسخر والوجه أن يحمل على احدي الروايتين كما
ذكر طهبر الدين في فتاواه أن في نفاذ قضاء القاضي على الغائب روايتين ذكر شمس الانعة السرخسي وشيخ
الاسلام أنه ينبغي لا يغذ وغيرهما من المشايخ قالوا لا ينبغي في مفعله وخواهر زاده لا ينبغي للقاضي أن يقضى للغائب
من غير خصم كما لا ينبغي للقاضي أن يقضى على الغائب الا أن مع هذا لو وكل وكيله أو نفاذ الخصومة بينهم فهو
جائز وعليه الفتوى انتهى والذي يقتضيه النظر أن يقال ان نفاذ القضاء على الغائب موقوف على امضاء
قاض لان نفس القضاء هو المحقق فيه فهو كقضاء المحدود في قذف ونحوه وحيث قضى على غائب فلا يكون
عن اقرار عليه ومن فروعه مسألة تجب في الفصل الاول من الفتاوى الصغرى عين في يد رجل ادعى آخر أنه
ملكه اشتراه من فلان الغائب وصدقه ذواليد فالقاضي لا يأمر ذا البدن يسلمها الى المدعى حتى لا يكون قضاء
على الغائب بالشراء ما قراره وهي بحية لانه اعترف بالملك للمدعى ولا يقضى عليه بالتسليم قال وأحال الصدر
أول المسألة الا أن يحضر من يقوم مقامه فالمراد منه أن يكون بأنابته كوكيله أو بأبابة الشرع كالوصى من جهة
القاضي وفي المسخر من جهة القاضي اختلاف الروايتين وفي الذخيرة اذا نصب القاضي مسخر عن الغائب
لا يجوز ولو حكم عليه لا يجوز حكمه عليه وتفسير المسخر من جهة القاضي أن ينصب القاضي وكلاً عن
الغائب ليسمع الخصومة عليه

عليه هما عبد فلان الغائب
فاقام المشهود له بينة أن
فلان الغائب أعترف بما هو
عليكهما مقبل هذه الشهادة
والمدعى شيطان المال
على الحاضر والعق على
الغائب والمدعى على الغائب
سبب المدعى على الحاضر
لا للاحالة لان ولاية الشهادة
لا تنفك عن العتق بحال
فالقضاء فيها على الحاضر
قضاء على الغائب والحاضر
ينتصب خصماً عن الغائب
لان المدعى شئ واحد في
الاول أو كشئ واحد في
الثاني لعدم الانفكاك فاذا
حضر الغائب وأنكر
لا يلتفت الى انكاره ولا
يحتاج الى إعادة البينة ولهما
نظائر في الكتب المبسوطة
والمصنف لم يتعرض الا
للمسببة وأما أن يكون المدعى
شياً واحداً أو شئين
مختلفين فلم يتعرض له
لحصول المقصود بالسبب
اللازم فان الشئ اذا ثبت
ثبت بلوازمه وقيدنا السبب
بقولنا لازماً احترازاً عما اذا
كان سبباً في وقت دون وقت
فان الحاضر فيه لا ينتصب
خصماً عن الغائب كما اذا قال
رجل لاسراء رجل غائب ان
زوجك فلان الغائب وكنتي

أن أجلك البه فقالت انه كان قد طلقني ثلاثاً وأقامت على ذلك بينة قبلت بينتها في حق
قصر يد الوكيل عنها في حق اثبات الطلاق على الغائب حتى اذا حضر وأنكر الطلاق يجب عليها إعادة البينة لان المدعى على الغائب وهو الطلاق
ليس بسبب لازم لثبوت ما يدعى على الحاضر وهو قصر يده فان الطلاق متى تحقق قد لا يوجب قصر يد الوكيل بان لم يكن وكلاً بالجل قبل الطلاق
(قوله فالقضاء فيها على الحاضر الخ) أقول جزاء فان كان في قوله فان كان سبباً لازماً الخ المتقدم عليه بسبعة أسطر تخميناً

وقد

وقد يوجب بان كان وكيل بالحل قبل الطلاق فكان المدعى على الغائب سبباً لثبوت المدعى على الحاضر من وجه دون وجه فقلنا يقضى بقصر اليد دون الطلاق علاجاً فان قيل كلام المصنف ساكت عن هذا القيد قلت اكتفى (٤٠٣) بالاطلاق لصرف المطلق الى الكامل

عن التعيين وان كان أعنى ما يدعى به على الغائب شرطاً لحقه أى لحق المدعى على الحاضر كن قال لا مرأته ان طلق فلان امرأته فانت طالق فادعت امرأته الحالف عليه أن فلان طلق امرأته وأقامت على ذلك بينة قال المصنف فلامعتبر به في جعله خصماً عن الغائب وهو قول عامة المشايخ لان بينتها على فلان الغائب لا تصح لان ذلك ابتداء القضاء على الغائب وقال الامام فخر الاسلام وشمس الائمة الازرجندي أن البينة تقبل ويجعل الحاضر خصماً عن الغائب كما في السبب لان دعوى المدعى كما تتوقف على السبب تتوقف على الشرط لا يقال اعتبره السبب اللازم والتوقف فيه أكثر لكونه من الجانبين لان الاعتبار توقف ما يدعى على الحاضر على ما يدعى على الغائب وهو في الشرط موجود وأخرج المصنف المسخر من جهة القاضي وهو من ينصب وكيلاً عن الغائب ليسمع الخصومة عليه بقوله كالوصي من جهة القاضي لان كلامه فين يقوم مقام الغائب والمسخر

وقد يكون حكماً بان كان ما يدعى على الغائب سبباً لما يدعى على الحاضر وهذا في غير صورة في الكتب أما إذا كان شرطاً لحقه فلامعتبر به في جعله خصماً عن الغائب وقد عرف تمامه في الجامع

الشهيد هذه المسئلة الى باب اليمين من أدب القاضى ولم أجد هاتمة أو ما التالف فاذا كان ما يدعى على الغائب سبباً لاثبات المدعى على الحاضر بحيث لا ينفلت عنه (وهو في غير صورة في الكتب بخلاف ما إذا كان ما يدعى على الغائب (شرطاً لحقه) لا سبباً لاثبات المدعى (وهو في غير صورة في الكتب بخلاف ما إذا كان ما يدعى على الغائب) قال المصنف (وقد عرف تمامه في الجامع) مثال السبب الملزم لاثبات المدعى في ست مسائل ثلاث فيما يكون المقضى شيئاً وثلاث فيما يكون واحداً أما ثلاث الواحد احدها ادعى داراً في يد رجل أنهما ملكه وأنكر ذوال اليد فقام البينة أنهم ادراه اشتراهما من فلان الغائب وهو عليه كفاؤه يقضى به في حق الحاضر والغائب لان الشراء سبب لثبوت ما يدعى على الحاضر لان الشراء من المالك سبب لاثبات المدعى والثاني ادعى على آخر أنه كفل عن فلان الغائب بما يذوب له عليه فاقصر المدعى عليه بالكفالة وأنكر الذوب فقام المدعى البينة أنه ذاب له على فلان ألف يقضى به على الكفيل والغائب حتى لو حضر وأنكر لا يلتفت الى انكاره الثالث ادعى شفعة في دار في يد انسان فقال ذوال اليد ادارى ما اشتريتها من أحد فقام المدعى البينة أن ذا اليد اشتراهما من فلان الغائب بالف وهو عليه كفاؤه ناشئ عنها يقضى بالشراء في حق ذى اليد والغائب مثال ثلاث الشئين احدها كاذب محض فادعى عليه الحد فقال القاذف أنا عبسك على حد العبيد وقال المدعى المقدوف بل أعتقك مولاً فعليك حد الاحرار والمولى غائب فقام البينة على ذلك تقبل هذه

(قوله حكماً) أى من يقوم مقامه من حيث الحكم بان كان ما يدعى على الغائب سبباً لما يدعى على الحاضر أى سبباً لاثبات المدعى كما اذا ادعى داراً في يد رجل أنهم ادراه اشتراهما من فلان الغائب وهو عليه كفاؤه وأنكر ذوال اليد وقال الدار ادارى وأقام المدعى البينة على دعواه قبلت بينته ويكون ذلك قضاء على الحاضر والغائب وينتصب الحاضر خصماً عن الغائب لان ما يدعى على الغائب وهو الشراء منه سبب لثبوت ما يدعى على الحاضر لان الشراء من المالك سبب لاثبات المدعى كما اذا ادعى على رجل أنه كفل عن فلان بما يذوب له عليه وأقر المدعى عليه بالكفالة وأنكر الحق فقام المدعى عليه البينة أنه ذاب له على فلان ألف درهم فانه يقضى به في حق الكفيل والحاضر وفي حق الغائب جميعاً حتى لو حضر الغائب وأنكر لا يلتفت الى انكاره وكذا اذا ادعى الشفعة في دار انسان وقال ذوال اليد ادارى ما اشتريتها من أحد فقام المدعى البينة أن ذا اليد اشتري هذه الدار من فلان بالف درهم وهو عليه كفاؤه ناشئ عنها يقضى بالشراء في حق ذى اليد والغائب جميعاً اما إذا لم يكن سبباً لاثبات المدعى ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب كما اذا قال لامرأة رجل غائب ان زوجك وكلني أن أحلك اليه فقالت المرأة انه كان طلقني ثلاثاً وأقامت على ذلك بينة قبلت بينتها في قصر يد الوكيل عنها لا في حق اثبات الطلاق على الغائب حتى لو حضر الغائب وأنكر الطلاق فالمرأة تحتاج الى إعادة البينة لان المدعى على الغائب وهو الطلاق ليس بسبب لثبوت ما يدعى على الحاضر وهو قصر يد الوكيل لاثبات المدعى فان الطلاق متى تحقق قد لا يوجب قصر يد الوكيل بان لم يكن وكيل بالحل قبل الطلاق وقد يوجب بان كان وكيل بالحل قبل الطلاق فكان المدعى على الغائب سبباً لثبوت المدعى على الحاضر من وجه دون وجه فقلنا انه يقضى بقصر يد الوكيل ولا يقضى بالاطلاق والعناق علاجاً ما (قوله اما اذا كان شرطاً لحقه فلامعتبر به في جعله خصماً عن الغائب) هذا قول عامة المشايخ فاما على قول بعض المتأخرين منهم فخر الاسلام على البرزوي وشمس الاسلام محمود الازرجندي ورحمهما الله فلا شرط اعتباراً أيضاً كما للسبب لان دعوى المدعى كما تتوقف على السبب تتوقف على الشرط أيضاً وصورة

لا يقوم مقامه ذكره في الذخيرة وهو احدى الروايتين فيه فكانه اختاره

قوله والتوقف فيه أكثر لكونه من الجانبين (قوله وأخرج المصنف الى قوله كالوصي) أقول فيه شئ فان كاف التشبيه يدل على خلاف ما ذكره

البينة ويقضى بالعق في حق الحاضر والغائب جميعا حتى لو حضر وأنكر العتق لا يلتفت الى انكاره فالعتق سبب اكمال الحد وهو المدعى على الحاضر فهما شيتان الثانية شاهدان شهدا على رجل بمال فقال المشهود عليه هما بعد ان الغلان الغائب فاقام المشهود له البينة أن مولاها ما أعنتقهما قبل هذا وهو يملكهما تقبل البينة ويشب العتق في حق المشهود عليه والمولى الغائب لان العتق لا ينفلك عن ولاية الشهادة الثالثة رجل قتل رجلا عمدا وله وامان غاب أحدهما وادعى الحاضر على القاتل أن الغائب عفا عن نصيبه وانقلب نصيبى مالا وأنكر القاتل فاقام المدعى البينة على ذلك تقبل ويقضى بها على الحاضر والغائب جميعا فان قيل هذا منتهى قصور المدعى بالغائب وانه لا يصير ورثة مكاتبه عند أبي حنيفة وأقام البينة على الحاضر بذلك لا تقبل هذه البينة أصلا مع أن اعتناق الغائب نصيبه سبب اقصر يد الحاضر عنه لاحتمال أجيب بان عدم القبول عنده هنا لعدم الخصم عن الغائب بل لجهالة المقضى عليه بالكتابة لان الساكت اذا اختار تضمين المعتق يصير العبد مكاتبه امن جهة المعتق وان اختار الاسم سماعه يصير مكاتبه امن جهة الساكت فكان المقضى عليه بالكتابة مجبولا فلا يقبل وأما ما لا يكون فيه ما يدعى به على الغائب سبب الاحتمال لما يدعى به على الحاضر بل قد يكون وقد لا يكون فقد يكون أيضا شيتين وقد يكون واحدا وبيانه في مسئلتين احدهما قال لعبد رجل مولاك وكفى بحملك اليه فاقام العبد البينة أن ولده أعنتقه تقبل في حق قصر يد الحاضر ولا تقبل في حق العتق على الغائب حتى لو حضر الغائب وأنكر العتق يحتاج العبد الى اعادة البينة به والثانية رجل قال لامرأة غائب وكفى زواجك بحملك اليه فاقامت بينة أنه طلقها ثلاثا يقضى بقصر يد الوكيل عند دون الطلاق ولو حضر وأنكر الطلاق يحتاج الى اعادة ثبوتها أو بينة أخرى فالمدعى العتق وقصر اليد والطلاق وقصر اليد لان العتق والطلاق قد يتحقق ولا يوجد انزعال الوكيل بان لا يكون هنالك وكالة وقد يتحقق موجبا لان انزعال بان وجد بعد الوكالة فليس انزعال الوكيل حكما أصليا للطلاق والعتاق فن حيث انه ليس سببا لحق الحاضر في الجلة لا يكون الحاضر فيه خصمه عن الغائب ومن حيث انه قد يكون سببا قبلنا البينة فمما يرجع الى حق الحاضر في قصر يده وانعزاله عن الوكالة لانه ليس من ضرور انزعال الوكيل تحقق الطلاق والعتاق ولا من ضرورة تحقق الطلاق والعتاق انزعال الوكيل فلا يقضى بالطلاق والعتاق ومن هذا القسم وهو دعوى شيتين الآن ما يدعى به على الغائب ليس سببا لما يدعى به على الحاضر الا باعتبار البقاء فيه في مسائل احدها قالوا فبين اشترى جارية فادعى المشتري على البائع انه كان زوجه من فلان الغائب ولم يعلم المشتري ويريد أن يرد هاهنا العيب وأنكر البائع فاقام المشتري على ذلك بينة فانه لا يقضى بها لافي حق الحاضر ولا في حق الغائب لان المدعى شيان الرد بالعيب على الحاضر والنسكاح على الغائب والمدعى على الغائب ليس سببا لما يدعى على الحاضر الا باعتبار البقاء لجواز أن يكون تزوجه من فلان الغائب فاقام البينة على البقاء بان شهدوا على انها امرأته لالحال لا تقبل أيضا لان البقاء تبع للابتداء والثانية المشتري شرعا فاسدا اذا أراد البائع الاسترداد فاقام البينة أنه باع من فلان الغائب لا تقبل لابطال حق الاسترداد لافي حق الحاضر ولا في حق الغائب لان نفس البيع ليس سببا لابطال حق البائع في الاسترداد لجواز انه باع ثم انفسخ البيع بينهما فيعود حق البائع في الاسترداد واذا لم يكن خصمه في اثبات نفس البيع لم يكن خصمه في اثبات البقاء لان البقاء تبع للابتداء كما ذكرنا الثالث رجل في يده دار بيعت بحكمه ادارا وادخل البدأ باخذ المشتراة بالشفعة فقال المشتري له الدار التي بيدك ليست لك انما هي لغلان فاقام الشفيع البينة انهم اداره اشتراها من فلان الغائب لا يقضى بالشراء لافي حق الحاضر ولا في حق الغائب لان المدعى شيان والمدعى على الغائب من شراء الدار ليس

قال (و يقرض القاضى أموال اليتامى الخ) للقاضى أن يقرض أموال اليتامى ويكتب (٤٠٥) الصلح لاجل تذكر الحق وهو

الاقراض لان في اقراض
أموالهم مصلحتهم لبقائها
محفوظة فان القاضى لاكثر
أشغاله قد يهمل عن الحفظ
بنفسه وبالوديعة ان حصل
الحفظ لم تكن مضمونة
بالهلاك فلم تكن مضمونة
وبالقرض نصير محفوظ
مضمونة فيقرضها فان
قيل نعم هو كذلك اسكن لم يؤمن
التوى بخود المستقرض
أجل بقوله والقاضى يقرض
على الاستخراج لكونه
معلوما له وبالكفاية يحصل
الحفظ ويتفى النسيان
بخلاف الوصى فانه ليس له
أن يقرض فان فعل ضمن
لان الحفظ والضمان وان
كانا موجودين بالاقرض
لكن بخافة التوى باقية
لعدم قدرته عن الاستخراج
لانه ليس كل قاض يغفل ولا
كل بينة تعدل والاب كالوصى
في أصح الروايتين لانه عاجز
عن الاستخراج وهو اختيار
الامام نجر الاسلام والصدور
الشهيد والعائى وفي رواية
يجوز له ذلك لان ولاية الاب
تتم المال والنفس كولاية
القاضى وشغفه تمنع من
ترك النظر له والظاهر أنه
يقرضه من يامن بحجوده وان
أخذ له الاب قرض نفسه
فالقرض يجوز وروى
الحسن عن أبي حنيفة أنه
ليس له ذلك

(قوله ويكتب الصلح لاجل
تذكر الحق الخ) أقول فيه

قال (و يقرض القاضى أموال اليتامى ويكتب ذكر الحق) لان في الاقرض مصلحتهم لبقائها الاموال محفوظة
مضمونة والقاضى يقدر على الاستخراج والكتابة يحفظه (وان أقرض الوصى ضمن) لانه لا يقدر على
الاستخراج والاب بمنزلة الوصى في أصح الروايتين ليجزى عن الاستخراج

سببا لثبوت حقه في الشفعة ما لم يثبت لبقاء لانه لو فسخ بعد الشراء وأز الها عن ملكه بسبب من الاسباب لا
يكون له شفعة وانما تكون الشفعة باعتبار البقاء ولا يثبت عليه ولو أقام على البقاء لم تقبل أيضا ماد كونا وأما
ما يكون شرطاً فاعمال المشايخ فيه على أنه لا ينصب الحاضر خصم من الغائب فيما يدعيه وصورة قال لامرأته
ان طلق فلان امرأته فالت طالق فادعت ان فلانا طلق زوجته وأقامت البينة على ذلك لا يقضى بوقوع الطلاق
بها لانه ابتداء القضاء على الغائب وقد أفتى بعض المتأخرين بكفر الاسلام والا ورجدى فيه بانتصاب الحاضر
خصم من الغائب ويقضى بوقوع الطلاق كقولهم ان دخل فلان الدار فالت طالق فبرهنت على دخول فلان
حيث يصح وان كان فلان غائب والجواب انه ليس في هذا قضاء على الغائب بشئ اذ ليس فيما بطل حق له فصار
الاصل ان ما كان شرطاً لثبوت الحق للحاضر من غير ابطال حق الغائب قبلت البينة فيه اذ ليس فيه قضاء على
الغائب وما تضمن ابطالا عليه لا يقبل (قوله ويقرض القاضى أموال اليتامى ويكتب ذكر الحق) وهو المسمى في
عرفنا الصلح والحق هنا هو الاقرض وهذا (لان في الاقرض مصلحتهم) لان بقاءه على وجه الارض لا يؤمن معه
السارق والغاصب المكابر وفي القرض بقاؤه محفوظا على ذلك مضمونة (والقاضى يقدر على الاستخراج)
فكان النظر في الاقرض له بخلاف الوصى فانه لا يقدر على الاستخراج اذ لا يوافقه الشهود ولا يجدهم ولو
جدهم فليس كل بينة تعدل ولا كل قاض يعدل وفي الجشورين بدى القضاء ذلك وصغار فكان اضرارا بالصغار على
الاعتبار (والاب كالوصى في أصح الروايتين) لانه لا يقدر على الاستخراج ووجه الاخرى أنه أعم ولا يمتن الوصى
لانهم في المال والنفس كولاية القاضى ويترتب عليها زيادة الشفعة المانع من ترك النظر والظاهر أنه يقرض من
يؤمن بحجوده وعلى هذا قالوا لو أخذ الاب قرض لنفسه يجوز وان روى الحسن عن أبي حنيفة انه لا يجوز والجواب
ان الاعتبار في جواز القرض وعدمه ليس لقرب القرابة ولا لزيادة الولاية بل لتام القدرة على الاسترجاع بعد
وجود أصل الولاية ولا قدرة للاب عليه بخلاف القاضى فانه لو لم يجد الشهود ولموت أو غيبة قضى بعهده واستخرج ولا
يخفى أن قدرته هذه انما تنفذ مع وجود الملاءة أو ما لو أعسر المستقرض صار القاضى كغيره في عدم القدرة وعن
هذا قال الخصاص ينبغي للقاضى أن يتفقد أحوال الذين أقرضهم المال حتى لو اختلف حال أحد منهم باخذ منهم
المال قبل أن يعسر فلا يقدر وكذا لو كان المستقرض معسرا في الابتداء لا يجوز للقاضى اقرضه وقد انظم
ما ذكرنا حكم القاضى بعلمه وانفصلها عندنا في قول للشافعى أنه يجوز وظاهر مذهب مالك وأحمد لا يجوز
وعن كل منهم رواية بالجواز كقولنا لانه صلى الله عليه وسلم قال ائتمنوا بنيت عتبة نخدي من ماله ما يكفيك
وولدك يا عمر وفي هذا قضاء بعلمه وشرطه عند أبي حنيفة أن يعلم في حال قضاؤه انه في المصر الذي هو قاضيه بحق
غير حد خالص لله من قرض أو بيع أو غصب أو طلاق رجل امرأته أو قتل عمداً أو حد قذف أو ما اذا علم
قبل القضاء في حق العباد ثم ولى فرفعت اليه تلك الحادثة أو عاها في حال قضاؤه في غير مصره ثم دخله فرفعت
اليه لا يقضى عنده وقال يقضى وفي الخبر يد جعل قول محمد مع أي حنيفة ولو علم في رستاق مصره عندهما
يقضى واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة وسواء كان مقلدا للرستاق أو لم يكن وأصل هذا أن قضاء القاضى
في القرية والمغازة لا ينفذ عند أبي حنيفة ومحمد ونص أصحاب الامالى عن أبي يوسف أنه ينفذ قضاءه في السواد
وهكذا في النوادر عن محمد ولو علم بمحاذته وهو قاض في مصره ثم عزل ثم أعيد الى القضاء فعند أبي حنيفة

لامرأته ان دخل فلان الدار فالت طالق ثم ان المرأة أقامت البينة ان فلانا دخل الدار وفلان غائب تقبل هذه
البينة ويحكم بوقوع الطلاق عليها (قوله ويقرض القاضى أموال اليتامى ويكتب ذكر الحق) وان أقرض
الوصى ضمن والفرق ان القرض تبرع ابتداء معاوضة انتهائا لانه قطع الملك عن العين ببدل في ذمة المقلد

اشارة الى أن انتصاب ذكر الحق لكونه مفعولا له يكتب عندى ان قوله ذكر الحق علم للصلح كما يفهم من قول المصنف في آخره ماثل شئ

(باب التحكيم)

واذا حكم رجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز

لا يفتى وعندهما يقضى وأما في حد الشرب والزنا فلا ينفذ قضاؤه بعلمه اتفاقا والله الموفق

(باب التحكيم)

هذا أيضا من فروع القضاة والمحكم أسقط رتبة من القاضي فإن القاضي يقضى فيما لا يقضى المحكم فانحدر عنه ولهذا قال أبو يوسف أنه لا يجوز تعليق التحكيم بالشروط وإضافته بخلاف القضاء لأن حكمه بمنزلة الإصلاح والواقع منه كأصلح وهو صلح من وجه فلا يكون مثله بالشك والتحكيم جائز بالكاتب قوله تعالى فابعثوا حكما من أهله الآية وفيه نظر وأما السنة فإلّا أبو شريح يارسول الله إن قومي إذا اختلفوا في شيء فأتوني فحكمت بينهم فرضي عنى الفريرقان فقال عليه الصلاة والسلام ما أحسن هذا وإنه الناسى وأجمع على أنه صلى الله عليه وسلم عمل بحكم سعد بن معاذ في بني قريظة لما اتفقت اليهود على الرضا بحكمه فبهم مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ورى أنه كان بين عمر وأبي بن كعب منازعة في نخسل فحكم بينهما يزيد بن ثابت فأتياه ففرج بينهما وقال لعمر هلا بعثت إلى فاتيك يا أمير المؤمنين فقال عمر في بيته يوتى الحكم فدخل بيته فالتقى لعمر وسادة فقال عمر هذا أول لجورك فكانت اليمين على عمر فقال زيد لابى لو أعفيت أمير المؤمنين فقال عمر بن زلمنى فقال أبى نعمي أمير المؤمنين ونصدهم وليعلم أنه لا يظن بأحد منهم في هذه الخصومة التلبس وانما هي لأشياء الحادثة عليهما تنقل إلى الحكم لليمين لا للتلبس وفي الحديث جواز التحكيم وإن زيدا كان معروفا بالغة وقدر روى أن ابن عباس رضي الله عنهما كان يجتلف اليه ويأخذ به عند كونه وقال هكذا أمرنا أن نصنع بغيره أثنا فقل زيدا يدعه وقال هكذا أمرنا أن نصنع بأشرفنا وفيه إن الامام لا يكون قاضيا في حق نفسه وأنه ينبغي أن من احتاج إلى العلم يأتي إلى العالم في بيته ولا يبعث اليه لئلا يمتدح وأن أوجه الناس وأما القاء زيد الوسادة فاجتهد من قوله صلى الله عليه وسلم إذا أتاكم كريمة قوم فأكرموه بسط النبي صلى الله عليه وسلم رداء لعدي بن حاتم وإن الخليفة ليس كغيره واجتهد عمر على تخصيص هذه الحالة من عموم الأول وأنه لا بأس بالخلف صادقا وامتناع عثمان عن اليمين حين لزمته كان لا سرا خروان اليمين حق المدعى أنه أن يستوفيا وتسقط باسقاطه (قوله وإذا حكم رجلان رجلا) أو امرأة (فحكم بينهما ورضيا بحكمه) إلى أن حكم (جاز)

لأن الاستقراض في العادات من هو غلس ولهذا حل محل الصدقة وزاد عليها في الثواب لزيادة الحاجة هنا فاعتبر معاوضة في حق القاضي لأن البدل مأون التوى باعتباره علم القاضي ولتكن من الاسترداد متى شاء لماله من الولاية وتبرع في حق الوصي أو الأب في أصح الروايتين لأنه لا يمتنع من الاسترداد فربما يجد المستقرض ولا يجد شهودا يوافقونه على أداء الشهادة فقولوا وجدنا كل بينة تعدل ولا كل قاض يعدل وفي الجوابين يدي القاضي ذل يوغر فإمكان اضراهم فلهم الأمل كانه وكذا إكلاك اقراض مال الغائب والأب بمنزلة القاضي في رواية لأن ولاية الأب تهم المال والنفس كولاية القاضي وشهقة تمنعه من ترك النظره والظاهر أنه يقرضه من يامن بحجوده وان أخذ الأب قرضه لنفسه فالواجب جواز روى الحسن عن أبي حنيفة وجهما الله أنه قال ليس للأب أن يستقرض مال الصغير لنفسه ثم فرغ عليه الخصاف في أدب القاضي فقال ينبغي للقاضي أن يتفقد أحوال الذين أقرضهم مال اليتيم لو احتل أحد منهم أخذ المال من يده لأن القاضي وإن كان له استرداد المال شرعا لكانت تمكنه من الاسترداد من المورس دون المعسر ألا ترى أنه لو كان المستقرض معسرا في الابتداء لا يجوز له أن يقرضه مال اليتيم فكذلك لا يترك ماله على الغلس أيضا

(باب التحكيم)

(قوله وإذا حكم رجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز) والاصل فيه قوله تعالى وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريد إصلاحا يوفق الله بينهما والمراد منه تحكيم الزوجين

(باب التحكيم)

هذا باب من فروع القضاء وتناخيرة من حيث أن المحكم أدنى مرتبة من القاضي لاقتصار حكمه على مرضى بحكمه وعموم ولاية القاضي وهو مشروع بالكاتب والاجماع أما الكاتب فقوله تعالى فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها والخصامة رضى الله عنهم كانوا مجتمعين على جواز التحكيم (وإذا حكم رجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز)

(باب التحكيم)

(قوله وعموم ولاية القاضي) أقول المراد بعموم ولاية القاضي هو تعدى الحكم الصادر عنه إلى غير المختصين كما في صورة القتل خطا ومثاله لأنه يجب أن يكون مولى على أحد كثره من الناس فإنه قد يعض إليه الحكم في قضية واحدة بين الشخصين المعينين كالأختى إلا أنه يمكن أن يقال لا يطلق اسم القاضي لمثل ذلك المولى كما يعلم من المبسوط

لان لهما ولا ينعلى أنفسهما فصح تحكيمهما واذا حكم لهما (وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم المولى لانه بمنزلة فيما بينهما) واعتبر بأنه لو كان كذلك لما وقع الفرقة بينهما في حق التعليق والاضافة الى المستقبل على قول أبي يوسف لكنها وقعت فانما جازان في القضاء دون التحكيم عنده وأوجب بأن التحكيم صلح معنى حيث لا يثبت الإبراضى الخصمين والمقصود به قطع المنازعة والصلح لا يعاق ولا يضاف بخلاف القضاء والامارة لانه نفوذ يصح (واذا كان المحكم بمنزلة الحاكم) اشترطه أهلية القضاء (فلو حكم امرأة فيما يثبت بالشبهات جاز لانها من أهل الشهادة فيها) قال (ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد الخ) فقد تقدم أن أهلية القضاء بأهلية الشهادة فمن ليس فيه ذلك لا يقدح كالأحكام فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد الذي ان حكمه المسلمون (٤٠٧) وان حكمه أهل الذمة جاز لانه من

أهل الشهادة فيما بينهم وتراضيهما عليه في حكمهما كتقليد السلطان اياه وتقليد الذي ليحكم بين أهل الذمة صحيح دون الاسلام فكذا التحكيم والمحدود في القذف وان تاب لانه ليس من أهل الشهادة عندنا كما ساقى والغاسق والصبي لعدم أهلية الشهادة فيه - ما لكن اذا حكم الغاسق يجب أن يجوز عندنا كما مر في أول أدب القاضى أن الغاسق لا ينبغي أن يقلد القضاء ولو قلد جاز (ولكل واحد من المحكمين أن يرجع قبل أن يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما) لاتفاقهما على ذلك (فلا يحكم الا برضاهما جميعا)

لان لهما ولا ينعلى أنفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمهما عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فاشترط أهلية القضاء ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد الذي والمحدود في القذف والغاسق والصبي لانعدام أهلية القضاء اعتبارا بأهلية الشهادة والغاسق اذا حكم يجب أن يجوز عندنا كما مر في المولى (ولكل واحد من المحكمين أن يرجع مالم يحكم عليهما) لانه مقلد من جهتهما فلا يحكم الا برضاهما جميعا (واذا حكم لهما) لصدور حكمه عن ولاية عليهما

لان لهما ولا ينعلى أنفسهما فصح تحكيمهما) وسند كره لهذا تخصيصات وأهلها قوله (وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم) بأن يكون أهلا للشهادة (فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد الذي) لأن يحكمه ذميان لانه من أهل الشهادة عليهم فهو من أهل الحكم عليهم (و) كذلك (المحدود في القذف والغاسق) لا يجوز تحكيم أحد من هؤلاء (لعدم أهلية القضاء لعدم أهلية الشهادة والغاسق اذا حكم يجب أن يجوز عندنا كما مر في المولى) الغاسق ينفذ حكمه وقوله (و) ينفذ حكمه عليهما (عطف على جواب المسئلة أعنى قوله جاز وهذه شروط التحكيم فقدمنا على الجواب ولو قدم المجرور فقال وعليهما ينفذ حكمه كان مفيد للخصر فيعيدانه لا ينفذ على غيرهما فالوجه حكمه في عيب بالمبيع فعضى برده ليس للبايع أن يرد على بائعه إلا أن يراضى البائع الأول والثاني والمشتري على تحكيمه فحينئذ يرد على الأول ولو اخذهم الوكيل بالبيع مع المشتري منه في العيب فحكم برده على الوكيل لم يلزم الموكل اذا كان العيب يحدث مثله واية واحدة إلا أن يرضى الموكل بتحكيمه معهما وان كان العيب لا يحدث مثله ولم يدخل الموكل معهم في التحكيم ففي لزومه للموكل رويان وانما اقتصر حكمه ولم يتعد لانه كالمصالح ثم تشترط هذه وقت التحكيم ووقت القضاء جميعا حتى لو حكم عبد افترق أو صيبا أو ذميا فبلغ وأسلم ثم حكم لا ينفذ كما في المقلد وكذا لو كان مسلما وقت التحكيم ثم ارتد لا ينفذ حكمه ثم الاضافات في قوله ولا يجوز تحكيم العبد الخ من اضافة المصدر الى المفعول ولو اعتبر الى الفاعل جاز في بعضها دون بعض وفي المعنى يجوز تحكيم المكاتب والعبد المأذون كالحرة وتحكيم الذمي ذميا يحكم ببشره وبين ذمي يجوز لنا ذكرنا (قوله) ولكل واحد من المحكمين أن يرجع مالم يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما) اذ هما أوليان له فلهما عزله قبل أن يحكم كما أن للسلطان أن يعزل القاضي قبل أن يحكم ولو حكم قبل عزله نفذ وعزله بعد ذلك لا يبطله فكذا هذا (واذا نفذ حكمه لهما المصدور حكمه عن ولاية كاهل عليهما) فقط لانه لا يكون دون الصلح لاختيار المقام أو لاختيار الفرقة والعصاية رضى الله عنهم كانوا جميعين على جواز التحكيم (قوله) ولكل واحد من المحكمين أن يرجع) فان قبل التحكيم ثبت باتفاقهما فينبغي أن لا يصح الاخراج الا باتفاقهما قلنا اذا

انه اذا لم يكن أهلا للشهادة وقت التحكيم وصار أهلا للشهادة وقت الحكم بان كان الحكم عبدا فاعتق وحكم لا ينفذ حكمه هكذا كمر صاحب الاقضية والشيخ الامام شيخ الاسلام في شرح كتاب الصلح وقد ذكرنا مسئلته في فصل التقليد والعزل بخلاف هذا انتهى المسئلة المذكورة في فصل التقليد هو انه اذا استعفى الصبي ثم أدرك ليس له أن يقضى بذلك الامر انتهى واشترط أهلية الشهادة وقت التحكيم والحكم مذكو في النهاية ومعراج الدراية أيضا (قوله) ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد الخ) أقول في المحيط ويجوز تحكيم المكاتب والصبي المأذون كما يجوز تحكيم الحر انتهى وفي شرح الكافي المعنى يجوز تحكيم المكاتب والعبد المأذون كالحرة وقال في النهاية هو من قبيل اضافة المصدر الى الفاعل هناك انتهى فلا تخالف كما توهم ثم قوله تحكيم الكافر من قبيل اضافة المصدر الى المفعول يقال حكمه أى فرض الحكم اليه (قوله) فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد الذي الخ) أقول

لان ما كان وجوده من شئين لا بد له من وجودهما أو ما عدمه فلا يحتاج الى عدمهما بل بعدم أحدهما وعلى هذا يسقط ما قيل ينبغي أن لا يصح الاخراج الابا بتفاههما أيضا فان قيل انما سعى في نقض ما من من جهته قلنا ماتم الامر وانما التمام بعد الحكم ولا نقض حيث نذ فانه لا رجوع لواحد منهما للزوم الحكم بصدوره عن ولاية عليهما كالتقاضى اذا قضى ثم عزله السلطان فانه لازم (واذا رفع حكمه الى حاكم فوافق مذهب امضاء لانه) اذا نقض لم يحكم الا بذلك (لانه لا فائدة في نقضه ثم ابرامه على ذلك الوجه) وفائدة ابرامه أنه لو رفع الى حاكم يخالف مذهب لم يتمكن من نقضه ولو لم يرض القاضى لان امضاء الاول بمنزلة حكم نفسه وان خالفه أبطله لان حكم المحكم لا يلزم الحاكم لعدم التحكيم منه بخلاف حكم الحاكم كونه قد قدم فلا بد له من بطله الثاني وان خالف مذهب لعموم ولا يفته فكان قضاءه حجة في حق الكل فلا يجوز لقاض آخر أن يردده قال (ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص (٤٠٨) الخ) لا يجوز التحكيم في الحدود الواجبة حق الله تعالى باتفاق الروايات لان الامام هو

(واذا رفع حكمه الى القاضى فوافق مذهب امضاء) لانه لا فائدة في نقضه ثم ابرامه على ذلك الوجه (وان خالفه أبطله) لان حكمه لا يلزم لعدم التحكيم منه (ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص) لانه لا ولاية لهما على دمه ما لو هذا لا يعلل كان الاباحة فلا يستباح برضاهما قالوا تخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر

وبعد ماتم الصلح ليس لواحد أن يرجع (قوله) واذا رفع حكمه الى القاضى فوافق مذهب امضاء القاضى لانه لا فائدة في نقضه ثم ابرامه على ذلك الوجه) بعينه (وان خالفه أبطله) وقال مالك وابن أبي ليلى هو كالمقلد فلا يبطله الا أن يكون جوارا بينهما لم يخلف فيه أهل العلم ونحن فرقنا بين ولاية القاضى عامة على الناس لعموم ولا ية الخليفة المقلد بخلاف المولى لانه لا مال له ولا ية على أنفسهم ما قطا على القاضى فلا يلزم حكمه القاضى لانه لم يحكمه ولان تقليد امضاء بمنزلة امضاء لهما على شئ في المجتهدين كان للقاضى أن يبطله أو ينفذه فكذا هذا وهذا بين لك أن المراد من قوله وان خالفه أبطله ليس ما يعطيه ظاهره من لزوم أبطل القاضى اياه بل جواز أن يبطله وان ينفذه وعبرة بالمسوط بعد أن ذكر الوجه فلا يجب تنفيذ حكمه على القاضى (قوله) ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص) وهذا احدى الروايتين في القصاص وهى رواية الخصاص قال شمس الاثمة في شرح أدب الخصاص من أصحابنا من قالوا هذا في الحدود والخصاص حقيقة تعالى لان الامام هو المتعين لاستيفائهما وليس لهما ولا على سائر الناس وأما القصاص وحد القذف فيجوز التحكيم فيهما ولكن صاحب الكتاب يرد الخصاص أطلق وقال لا يجوز وهو الصحيح لان حكم المحكم بمنزلة الصلح ولا يجوز استيفاء القصاص وحد القذف بالصلح ولا نعم ما يندران بالشبهات وفي حكمه شبهة لانه حكم على حقهما لا في حق غيرهما وأي شبهة أعظم من هذا قال المصنف (قالوا) وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر لم يرض أحدهما بهذا التحكيم فلا يبقى التحكيم كما لا يثبت ابتداء برضا (قوله) وان خالفه أبطله) لان اهما ولاية على أنفسهما وليس لهما ولاية على القاضى وقد كان للقاضى رأى في هذه الحادثة لو ارتفع اليه فلا يبطل رأيه بحكم الحكم (قوله) ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص) لان حكم المحكم بمنزلة الصلح في كل ما يجوز استيفاءه بالصلح يجوز التحكيم فيه وما لا فلا والحدود والقصاص لا يجوز استيفاءهما بالصلح فلا يجوز التحكيم فيهما وفي الشريعة ويجوز التحكيم في القصاص هكذا ذكر في صلح الاصل وفي كتاب الاقضية لان القصاص من حقوق العباد فلهما على مكان الاستيفاء بانفسهما فيمكن التفويض الى غيرهما قياسا على سائر حقوق العباد وعن أبي حنيفة رضي الله عنه انه لا يجوز (قوله) وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز

المتعين لاستيفائهما أو ما فى حد القذف والقصاص فقد اختلفت المشايخ قال شمس الاثمة من أصحابنا من قال التحكيم في حد القذف والقصاص جائز وكفى الذخيرة عن صلح الاصل أن التحكيم في القصاص جائز لان الاستيفاء اليهما وهما من حقوق العباد فيجوز التحكيم كفى الاموال وذكر الخصاص أن التحكيم لا يجوز في الحدود والقصاص واختاره المصنف واستدل بقوله لانه لا ولاية لهما على دمه وهذا لا يعلل كان الاباحة وهو دليل اقصاص ولم يذكر دليل الحدود وقالوا في ذلك لان حكم المحكم ليس بحجة في حق غير المحكمين فكانت فيه شبهة والحدود والقصاص لا تستوفى بالشبهات وهذا كما ترى أشمل من تعليل المصنف (قوله) وقالوا) أى قال المتأخرون من مشايخنا

(وتخصيص القصاص والحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدين) كالكذبات في جعلها رجعية والطلاق المضاف وهو الظاهر عن أصحابنا (وهو صحيح) لكن المشايخ امتنعوا عن الفتوى بذلك قال شمس الاثمة الحواشي مسئلة حكم المحكم تعلم ولا يفتى به ما كان يقول ظاهر المذهب انه يجوز لأن الامام الاستاذ بأعلى النسب كان يقول يكتم هذا الفصل ولا يفتى به كى لا يتطرق الجهال الى ذلك فيؤدى الى هدم مذهبنا

المراد بالكافر ما عدا الذي بقرينة المقابلة (قوله) وعلى هذا يسقط ما قيل ينبغي أن لا يصح الاخراج الابا بتفاههما (الخ) أقول كالبسيع فانه لا يفسخ الاتفاق المتبايعين في الجواب كلام قال المصنف (واذا رفع حكمه الى القاضى فوافق مذهب امضاء) أقول فعلى هذا حكم المحكم يلزم الوقف على مذهب ما فى ديارنا بغيره الجاهل الحنفى بهذا الدليل بعينه اذ الفتوى على قولهما ما مأخوذ على القضاة الحكم بالاصح

وان حكمه في دم خطا لا ينفذ الا في صورة لانه امان يحكم بالدية على العاقلة أو في مال القاتل فان كان الاول لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليه اذ لا
تحكيم من جهتهم وحكم الحكم لا ينفذ على غير المحكمين وان كان الثاني رده القاضي ويقضى بالدية على العاقلة لانه يخالف رأيه ويخالف
لنص حديث حمل بن مالك قوموا فادوه كما سيأتي في كتاب المعامل ان شاء الله تعالى (٤٠٩) (قوله الا اذا ثبت) استثناء من

قوله رده القاضي أي رد
قضاءه بالدية في ماله الا اذا
ثبت القتل باقراره لان
العاقلة لا تعلقه وأما أروش
الجرارات فان كانت بحيث
لا تتحملها العاقلة وتجب
في مال الجاني بان كانت
دون أرش الموصضة وهو
خمسمائة درهم وثبت ذلك
بالاقرار والنكول أو كان
عمدا وقضى على الجاني جاز
لانه لا يخالف حكم الشرع
وقسدرضى الجاني بحكمه
عليه فيجوز ان كانت بحيث
تتحملها العاقلة بان كانت
خمسمائة فصاعدا وقد ثبتت
الجدية بالبينه وكانت خطأ
لا يجوز فضاؤه ماصلا لانه
نقضى بها على الجاني خالف
حكم الشرع وان قضى
على العاقلة فالعاقلة لم يرضوا
بحكمه (قوله ويجوز ان
يسمع البينة) يعني أنه لما
صار حكمه عليهم بانسبيلهما
جاز أن يسمع البينة (ويقضى
بالنكول وكذا بالاقرار
لانه حكم موافق للشرع واذا
أخبر المحكم باقرار أحد
الخصمين) بان يقول
لاحدهما اعترفت عندي
لهذا بكذا (أو بعدالة
الشهود) مثل أن يقول
قامت عندي عليك بينة

المجتهدات وهو صحيح) وفي الخلاصة قضاء الحكم في الطلاق والعنق والكاح والكفالة بالمال والنفس والديون
والبيوع والكفارات والقصاص وأروش الجنائيات وقطع يدهما بينة عادلة جاز اذا وافق رأي القاضي وعن أبي
حنيفة لا يجوز في القصاص ونقل الناصح عن أبي بكر الرازي في القصاص ينبغي أن يجوز لان ولي القصاص
لو استوفى القصاص من غير أن رفع الى السلطان جاز فكذا اذا حكم فيه لانه من حقوق بني آدم وتوجيه المصنف
بانهم مالا ولا يلهما على دمه ما لو لا لما كان الا باحة يعني لو قال لشخص اقتلني لا يصح أمره ولا يحل للأخر قتله
لا يدفعه وهذا لان المقضى عليه هو الأصل في التحكيم والاخر أعنى الطالب تبسع فكون أحدهما وهو الذي
تتحكم به ليس الاقوى بمالك أن يستوفيه لا يقتضي صحة التحكيم فيه بل حتى يرضى الآخر ولا تخول ذلك ما حكم
فيه فلا يصح التحكيم فيه وفي الفتاوى الصغرى حكم المحكم في الطلاق المضاف ينفذ لكن لا يفتى به وفيها روى
عن أصحابنا ما هو أوسع من هذا وهو أن صاحب الحاد ثلثا أو ثلثي فقيها عسلا فافتاه بطلان البين المضافة
وسعه اتباع فتواه وامسك المرأة المحلوف بطلاقها وروى عنهم ما هو أوسع من هذا وهو أنه اذا استغنى أولا
فقيها فافتاه بطلان البين وسعه امسك المرأة فان تزوج أخرى وكان حلف بطلاق كل امرأة يترزوها
فاستغنى فقيها آخر فافتاه بصحة البين فانه يفارق الاخرى ويمسك الاولى ولا يفتواهما وفي الذخير فبين
تزوج امرأة غير ولي فطاعها ثلاثا فبعث القاضي الى شافعي ليحكم بينهما بما يطلان ذلك النكاح وبطلان
الثالث يجوز وكذا لو حكم بذلك حكم يجوز ولا يفتى به لما مر يعني ما قدمه من خشية تجاسر العوام يعني على
هدم المذهب قال وكذا من تب عن امرأة غيبه منقطع ولم يخالفها نفقة فبعث الى شافعي ليحكم بفسخ النكاح
لجرح النفقة يجوز ثم قال المصنف (ولو حكمه في دم خطا فعلى بالدية على العاقلة لا ينفذ لانه لا ولاية له على العاقلة
اذ لم يحكموه وكذا لو حكم على القاتل بالدية في ماله) فان القاضي (رده ويقضى) بما هو الحق وهو كونه (على
العاقلة لانه لا ينفذ رأيه وللنص) وهو حديث حمل بن مالك (الا اذا ثبت القتل) وهو قتل الخطأ (باقراره)

التحكيم في سائر المجتهدات نحو الكينات فانما راجع والطلاق المضاف وهو الصحيح الا أنه لا يفتى به ويقال
يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام (قوله ويخالف للنص) وهو حديث حمل بن مالك أن النبي عليه
السلام قال لا ولياء قوموا فادوه (قوله ولو أخبر باقرار أحد الخصمين) يعني لو قال المحكم بينهما لا حدما
قد أقررت عندي لهذا بكذا وكذا أو قامت عندي عليك بينة لهذا بكذا وكذا فعدوا عندي وقد أزمك ذلك
وحكمت به لهذا عليك وأنكر المقضى عليه أن يكون أقر عنده بشئ أو قامت البينة عليه بشئ لم يلتفت الى قوله
ومضى القضاء عليه ونفذ لان المحكم مالك انشاء الحكم بذلك في مال الاقرار كلقاضي المولى اذا قال في حال
قضائه لانسان قضيت عليك لهذا باقرارك أو بينة قامت عندي على ذلك فانه يصدر في ذلك ولا يلتفت الى
انكار المقضى عليه فكذا هنا الا أن يخبر به من الحكم أو بعزله منه قبل أن يقول قد حكمت عليك ثم قال

التحكيم في سائر المجتهدات نحو الكينات فانما راجع والطلاق المضاف وهو الصحيح الا أنه لا يفتى به ويقال
يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام (قوله ويخالف للنص) وهو حديث حمل بن مالك أن النبي عليه
السلام قال لا ولياء قوموا فادوه (قوله ولو أخبر باقرار أحد الخصمين) يعني لو قال المحكم بينهما لا حدما
قد أقررت عندي لهذا بكذا وكذا أو قامت عندي عليك بينة لهذا بكذا وكذا فعدوا عندي وقد أزمك ذلك
وحكمت به لهذا عليك وأنكر المقضى عليه أن يكون أقر عنده بشئ أو قامت البينة عليه بشئ لم يلتفت الى قوله
ومضى القضاء عليه ونفذ لان المحكم مالك انشاء الحكم بذلك في مال الاقرار كلقاضي المولى اذا قال في حال
قضائه لانسان قضيت عليك لهذا باقرارك أو بينة قامت عندي على ذلك فانه يصدر في ذلك ولا يلتفت الى
انكار المقضى عليه فكذا هنا الا أن يخبر به من الحكم أو بعزله منه قبل أن يقول قد حكمت عليك ثم قال

(٥٢ - فتح القدير والكعابه) - سادس) لهذا بكذا فعدوا عندي وقد أزمك ذلك وحكمت به لهذا عليك فانكر
المقضى عليه أن يكون أقر عنده بشئ أو قامت عليه بينة بشئ لم يلتفت الى قوله وقضى القاضي ونفذ لان المحكم مالك انشاء الحكم عليه بذلك
(قوله وثبت ذلك بالاقرار والنكول) أقول فيه انه اذا ثبت بالبينة يكون في مال الجاني أيضا لا وجه للتقيد بالاقرار والنكول (قوله ونفذ
أزمتك ذلك الخ) أقول انشاء الزام والحكم أيضا

(إذا كانا على تحكيمهما) فهلك الانسار كالعاقبي المولى اذا قال في قضائه لانسار قضيت عليك اهذا باقرارك أو ببينة قامت عندي على ذلك (فانه يصدق في ذلك) ولا يلتفت الى انكار المقتضى عليه فكذا ههنا (وان أخبر بالحكم) مثل أن يقول المحكم كنت حكمت عليك لهذا بكذا (لم يصدق لانه اذا حكم صار معز (٤١٠) ولا ولا يقبل قوله اني حكمت بكذا كالعاقبي المولى اذا قال بعد عزله حكمت بكذا (وحكم

وهما على تحكيمهما يقبل قوله لان الولاية قائمة ولو أخبر بالحكم لا يقبل قوله لان قضاء الولاية كقول المولى بعد العزل (وحكم الحاكم لا يوبى به وزوجته وولده باطل والمولى والمحكم فيه سواء) وهذا لانه لا تقبل شهادته لهؤلاء لان النعمة فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما اذا حكم عليهم لانه تقبل شهادتهم عليهم لان قضاء النعمة فكذلك القضاء ولو حكر جليلين لا بد من اجتماعهما لانه امر يحتاج فيه الى الراى والله أعلم بالصواب

(مسائل شتى من كتاب القضاء)

حينئذ يجوز قضاءه بالدية حينئذ على القاتل لان العواقل لا تموت القتل الثابت بالاقرار كالاقتل العمد والصالح على الدية لان اقراره لا ينفذ في حقهم اذ لا ولاية له عليهم فاقصر على نفسه فوجب الدية في ماله وعلى هذا التفصيل أروش الجراحات ان كانت بحيث لاتعقلها العاقلة بل تجب في مال الجاني بان كانت دون ارض الموضوعة وهو خسمائة درهم وثبت ذلك بالاقرار والنكول أو كان عداوان بلغ خسمائة فتقتضى الحكم على الجاني جاز لانه لا يخالف الشرع وان كانت بحيث تخملها العاقلة لا يجوز قضاؤه بها أصلاً لانه ان قضى على الجاني خالف الشرع وعلى العاقلة لا يجوز لانهم لم يحكموه (قوله ولو أخبر) يعنى المحكم لو قال لاحدهما أقررت عندي أو قامت عندي ببينة عليك بهذا فعدلوا عندي وقد ألزمتك ذلك وحكمت بهذا فانكار المقتضى عليه أن يكون أقرأ أو أقام البينة لم يلتفت الى قوله ومضى القضاء عليه مادام المجلس باقيا لان الحكم مادام تحكيمهما قائما كالعاقبي المقلد ولو قال المقلد ذلك لا يلتفت الى انكار المقتضى عليه فكذلك الحكم الا أن يخرج به المخاطب عن الحكم ويعزله قبل أن يقول حكمت عليك ثم قال المحكم ذلك أو قاله بعد ان قام من المجلس لانه بالقيام من المجلس ينعزل كما ينعزل بعزل أحدهما قبل الحكم فصار كالعاقبي اذا قال بعد العزل قضيت بكذا لا يصدق كذا هذا (قوله وحكم الحاكم) سواء كان قاضيا أو محكما (لا يوبى به وولده وزوجته) وكل من لا تقبل شهادته (باطل لان النعمة) بخلاف ما اذا حكم عليهم يجوز لا تنقضا (قوله ولو حكر جليلين لا بد من اجتماعهما لان الحكم امر يحتاج فيه الى الراى) وانما رضى الخصمان برأيهما فلا ينفرد أحدهما لا يصدق الحكمان في اخبارهما عن الحكم اذا قاما لمسا ذكرنا من انزالهما فالتصا بسائر الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل باشره حتى يشهد على ذلك غيرهما ولو شهد عند الحكمين شاهدان ثم مات الشاهدان أو غابا فسأل المدعى الحكمين أن يشهدا له على شهادتهما لم يجوز لانهما جلاهما فلا يجوز أن يشهدا على شهادتهما واذا عرف أن أحدا الحكمين لا ينفرد فلو حكما عبدا وحر لم يجوز ولو حكم مسلم ومردو حلا فحكم بينهما ثم قتل المرتد أو لحق بدار الحرب لم يجوز حكمه عليهم ما ولو الأمر جلا بان يحكم بين الناس وهو ممن تجوز شهادته جاز ويصير كالعاقبي ولو أمر القاضي رجلا لم يجوز الا باذن الامام الا أن يجيزه بعد الحكم أو يتراضى به الرجلان بعد الحكم ولو حكما رجلا فخرج به القاضي من الحكومة فحكم بعده بينهما جازا جاز وليس للحكم أن يغرض الى غيره ولو فوض وحكم الثانى بالارضهما فاجاز القاضي لم يجوز الا أن يجيزه بعد الحكم وقيل ينبغي أن يكون كالوكيل الاول اذا أجاز فعل الوكيل الثانى ولو حكما واحدا فحكم لاحدهما ثم حكما آخر ينفذ حكم الاول ان كان جائزا عنده وان كان جوا وأبطله وكاب الحكم الى القاضي وقلبه لا يجوز فان كتب اليه قاض فرضى به الخصمان حكم حينئذ بمقتضى الكتاب

(مسائل مثيرة من كتاب القضاء)

(مسائل شتى من كتاب القضاء)

الحكم بعد ذلك لم يصدق

قال

وعلى هذا كان القياس أن يؤخرها الى آخر كتاب القضاء ويمكن أن يجاب عنه بأنه ذكر بعدها القضاء بالمواريث والرحم وأنه لجدير بالتأخير

(مسائل شتى من كتاب القامى) (قوله مسائل شتى أى متفرقة من شتى شتى) أقول بل من شتى شتى ما وشىنا اذا فرغوا فترى

الحاكم لا يوبى وولده وزوجته باطل لان أهلية الشهادة شرط للقضاء والشهادة لهؤلاء لا غير مقبولة فكذلك الحكم (ولا فرق في ذلك بين المولى والمحكم بخلاف ما اذا حكم عليهم لان الشهادة عليهم مقبولة لعدم النعمة فكذلك القضاء واذا حكر جليلين جاز ولا بد من اجتماعهما لانه امر يحتاج الى الراى) فلو حكم أحدهما لا يجوز لانهما انما راضيا برأيهما ورأى الواحد ليس كراى الشئ ولا يصدقان على ذلك الحكم بعد القيام من مجلس الحكم حتى يشهد على ذلك غيرهما لانهما بعد القيام انعزلا فصارا كسائر الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل باشره

(مسائل شتى من كتاب القضاء)

مسائل شتى أى متفرقة من شتى شتى اذا فرغوا ذكرى فى آخر كتاب أدب القاضى مسائل منه كهاو دأب المصنفين أن يذكروا فى آخر الكتاب مسائل تتعلق بما قبلها استدراكا لما فات من الكتاب ويترجمونه بمسائل شتى أو مثورة أو متفرقة قبل

لاصحة (واذا كان علول رجل وسفل لا تحرف ليس لصاحب السفل أن يتدفيه وتداولاً ينقب فيه كوة بغير رضا صاحب العلو) وليس لصاحب العلو أن يبنى على علوه ولا أن يضع عليه جذعاً لم يكن له ولا يحدث كنية بما لا يرضى صاحب السفل عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا جاز لسلك واحد منهما أن يضع مالا يضر به وقيل هذا تفسير لقول أبي حنيفة رحمه الله (يعني أن أبا حنيفة إنما يمنع عما منع إذا كان مضر أو ما إذا لم يكن مضر فلا يمنع كما هو قولهما فسكان جواز التصرف لسلك واحد منهما فيما لا يتضرر به الا تحرفاً لا يجمع عليه لان (٤١١) التصرف حصل في ملكه فيكون المنع

بعله الضرر لصاحبه (وقيل)

ليس ذلك بتفسير له وإنما

(الاصل عندهما الإباحة

لانه تصرف في ملكه والمالك

يقتضي الاطلاق) فلا يمنع

عنه الاعراض الضرر فإذا

لم يكن ضرر لم يمنع بالاتفاق

(و) إنما تظهر ثمرة الخلاف

(إذا أشكل) فعندهما (لم

يجز المنع) لان الاطلاق

يبقي واليقين لا يزول

بالشك (والاصل عنده الحظر

لانه تصرف في محل يتعلق

به حق محترم للغير) وهو

صاحب العلولان قراره

عليه ولهذا يمنع من الهدم

اتفاقاً وتعلق حق الغير

بملكه يمنع المالك من

التصرف كما يمنع حق المرءن

والمستأجر المالك من

التصرف في المهرن

والمستأجر (والاطلاق

بعارض) وهو الرضا به

دون عدم الضرر فتأمل

(فاذا أشكل لا يزول المنع)

لما ذكرنا

(قوله على أنه لا يعرى

عن نوع ضرر بالعلو من

نوه - بناءً أو نقضه

فيمنع عنه) استظهر على

المنع لا فائدة ما قبله ذلك

قال (واذا كان علول رجل وسفل لا تحرف ليس لصاحب السفل أن يتدفيه وتداولاً ينقب فيه كوة عند أبي حنيفة رحمه الله) معناه بغير رضا صاحب العلو (وقال لا يصنع مالا يضر بالعلو) وعلى هذا الخلاف إذا أراد صاحب العلو أن يبنى على علوه قبل ما حكى عنهما تفسير لقول أبي حنيفة رحمه الله فلا خلاف وقيل الاصل عندهما الإباحة لانه تصرف في ملكه والمالك يقتضي الاطلاق والحرمه بعراض الضرر فإذا أشكل لم يجز المنع والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل يتعلق به حق محترم للغير كحق المرءن والمستأجر والاطلاق بعراض فإذا أشكل لا يزول المنع على أنه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من نوه - بناءً أو نقضه فيمنع عنه

(قوله وإذا كان علول رجل وسفل لا تحرف ليس لصاحب السفل أن يتدفيه وتداولاً ينقب فيه كوة عند أبي حنيفة رضي الله عنه أي بغير رضا صاحب العلو) وكذا ليس له أن يدخل فيه جذعاً والاتفاق على أن ليس له أن يهدم سفلته لمسا فيه من ابطال حق صاحب العلو في سكناه العلو (وقال لا يصنع مالا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف إذا أراد صاحب العلو أن يبنى على علوه) أو يضع عليه جذعاً أو يشرع كنيه أو الكوة بفتح الكاف ويقال وتداولاً يتدبه من باب ضرره (قيل ما حكى عنهما تفسير لقول أبي حنيفة) لانه إنما يمنع ما فيه ضرر ظاهر لا مالا ضرره (فلا خلاف) بينهم (وقيل) بل بينهما خلاف وهو في محل وقوع الشك في الاشك في عدم ضرره كوضع مسمار صغير أو وسط يجوز اتفاقاً ما فيه ضرر ظاهر كفتح الباب ينبغي أن يمنع اتفاقاً وما يشك في التضرر به كدق الوند في الحدار والسقف فعندهما لا يمنع لان (الاصل) فيه (الإباحة لانه تصرف في ملكه والحظر بعراض الضرر فإذا أشكل لم يجز المنع) لان اليقين لا يزال بالشك كإلزام نصيبه من العبد المشترك يجوز ولو كاتب نصيبه لا يجوز وللشريك حق فسخه (وعنده الاصل الحظر لانه تصرف في محل يتعلق به حق محترم للغير) ولهذا يمنع من هدمه اتفاقاً وتعلق حق الغير بملكه يمنع تصرفه كالمرءن والمستأجر وتعلق به حق المرءن فمنع الراهن من التصرف فيه وذلك كرشح الاسلام عن بعضهم أن على قول أبي حنيفة صاحب العلو لا يملك التصرف فيه وان لم يضر بالسفل رواية واحدة وقال شيخ الاسلام أيضاً إذا أشكل تصرف صاحب العلو يضر بالسفل أو لا يملكه بالاتفاق وقال الصدر الشهيد المختار انه إذا أشكل لا يملكه وإذا لم يضر يملك وذلك كرفاضة لوجهر صاحب السفل في ساحتها بغير ما أشبه ذلك عند أبي حنيفة ذلك وان تضرر به صاحب العلو وعندهما الحكم بالول بعله الضرر وعلمت أن ليس لصاحب السفل هدمه فلو هدمه يجبر على بنائه لانه

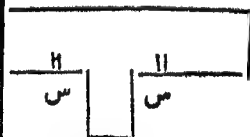
(قوله ان بنى على علوه) يعني زيادة على ما كان (قوله قبل ما حكى عنهما تفسير لقول أبي حنيفة رحمه الله) يعني ان أبا حنيفة رحمه الله إنما يمنع صاحب السفل عن أن يتدفيه وتداولاً ينقب فيه كوة لان صاحب العلو متضرر به ولو لم يتضرر به لا يمنع كما هو قولهما فسكان جواز التصرف لسلك واحد منهما فيما لا يتضرر به الا تحرفاً لا يجمع عليه (قوله يتعلق به حق محترم) أي تعلق بالسفل حق صاحب العلو وهو حق البناء فيكون المانع واجبا وهذا لان المنع تقوم المنفعة دون العين وبالأطلاق يفوت حق صاحب العلو في العين والمنفعة جميعاً فكان ضرر الاطلاق راجحاً (قوله على أنه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو) إشارة إلى أن القياس قول أبي حنيفة رحمه الله فوجب منعه

(قوله وإنما تظهر ثمرة الخلاف) أقول فيه بحث (قوله إذا أشكل) أقول كهذه الاشياء المذكورة (قوله وهو الرضا به دون عدم الضرر) أقول وفيه بحث يظهر من محاضرة السبائك ألا يرى أن المراد أشكال الضرر وعدمه قال الزيلعي وهو عدم الضرر بيقين انتهى البناء متعلق بالعدم لا بالضرر (قوله فتأمل) أقول كتب في هامش الكتاب نقلاً عن خط الشارح ما هو موصوفه أمر بالتأمل تنبيهاً على أن عدم أمر لا يثبت له ليعرض ولو عرض لزم أن يكون الضرر قبله موجوداً وعرض لعدم ليس كذلك انتهى وأقول يجوز أن يكون اطلاق العارض عليه من باب المشاكلة

قال (واذا كانت زائفة مستطيلة تشعب منها زائفة مستطيلة وهي غير نافذة فليس لاهل الزائفة الاولى أن يفتحو بابا في الزائفة القصوى) لان فتحه لا مرور ولا حق لهم في المرور اذ هو لا هلهل خاص وصاحي لا يكون لاهل الاولى فيما يبيع فيها حق الشفعة

تعدى على حق صاحب العلو وهو قرار العلو كالراهن اذا قتل المرهون والمولى اذا قتل عبده المديون وهذا أصل كل من أجبر على أن يفعل مع شريكه فاذا فعل أحدهما ما يغير أمر شريكه فهو متطوع لانه له طريق وهو المطالبة بالمشاركة في الفعل كنه بينهما امتنع أحدهما عن كره وكري الآخر أو سقيفة تتخوف الغرق أو بيت أو دار أو حمام أو طاحونة فاصلهما أحدهما أو عبدهما مشترك جنى ففدا أحدهما فهو متطوع لان الآخر يجبر وان كان لا يجبر لم يكن متطوعا كعلول رجل وسفل لا آخر وسقط السفل فبناه الآخر لا يكون متطوعا لانه لا يجبر صاحب السفل على بنائه فكان في بنائه اياه مضطر البصل الى حقه واذا بناه وبني عليه عاوه له منع صاحب السفل من الانتفاع به والسكنى حتى يؤدي قيمته واختلاف في أن القيمة هل تعتبر وقت البناء أو وقت الرجوع والصحيح وقت البناء وانما قلنا في الدار والبيت والطاحونة والحمام ما ذكرنا اذا كان يمكنه فسيمة الساحة لين في نصيبه وفي الخلاصة في الفصل الثاني في الحائط وعمارته فالرد كالحصاف أنه يرجع بما أنفق وهذا عندى في غاية الحسن اذا كان بقضاء ويجب أن لا يضمن لو علم ببناء السفل على قدر ما كان عليه ذلك القدر أما اذا كانت الساحة صغيرة لا يمكن بناء ذلك فيها بعد القسمة فانه اذا بنى لا يكون متطوعا وكذا اذا انهدم بعضهم بعضه لانه لا يمكن الانتفاع بنصيبه الا ببنائه فلا يكون متطوعا وفي فتاوى النسب في دار الجارين سطلع احدهما على ومسبل ماء العلية على الاخرى فارد صاحب السفل أن يرفع سطحه أو يبنى عليه ذلك وليس للجار منعه ولكن يطالبه بتسليم مائه الى طرف الميزاب واذا انهدم السفل أو هدمه المالك ليس للآخر أن يكلفه العمارة لاجل اسالة الماء لكن يبنى هو ويمنع صاحبه من الانتفاع انتهى فرق بين حق التعلل وبين حق التسليم حيث لو هدم في الاول يجبر على البناء ولو هدم في الثاني لا يجبر وفي الحائط بين اثنين لو كان لهما عليه خشب فبنى أحدهما للباقي أن يمنع الآخر من وضع الخشب على الحائط حتى يعطيه نصف قيمة البناء مبنيا وفي الاقضية حائط مشترك أراد أحدهما انقضه وأبى الشريك أن كان بحال لا يخاف سقوطه لا يجبر وان كان بحيث يخاف عن الامام أبي بكر محمد بن الفضل يجبر وان هدماه وأراد أحدهما أن يبنى وأبى الآخر أن كان أس الحائط عر يضام كنه أن يبنى حائطا في نصيبه بعد القسمة لا يجبر الشريك وان كان لا يمكن يجبر كذا عن الامام أبي بكر محمد بن الفضل وعليه الفتوى وتفسير الجبر أنه ان لم يوافق الشريك وأنفق على العمارة جرع على الشريك بنصف ما أنفق ان كان الحائط لا يقبل القسمة وفي شهادات فتاوى الفضل لو هدماه وامتنع أحدهما يجبر ولو انهدم لا يجبر ولكن يمنع من الانتفاع به ما لم يستوف نصف ما أنفق فيه ان فعل ذلك بقضاء القاضي وان كان بلا قضاء فبنصف قيمة البناء انتهى فلو جمل ما تقدم من كون الرجوع بقيمة البناء على ما اذا كان بلا قضاء وقول الحصاف مع قول ابن الفضل بما أنفق على ما اذا كان بقضاء ارتفع الخلاف الظاهري فليكن هو المحمل وهذا لانه لما كان مضطرا في البناء كان له تضمين ما صرف لذلك غير أنه ليس مضطرا في ترك مراجعة من له الولاية على الشريك وهو القاضي فبر جرع بالقيمة ولو كان الحائط محصيا فهدم أحدهما باذن الشريك لا شك انه يجبر الهادم على البناء ان اراده الآخر كولو هدماه وان هدمه بغير اذن الشريك وفي كتاب الحيطان رجل أراد أن يهدم داره ولا هل السكة ضرر ولا نه يخرب السكة المختار انه يمنع فلو هدم مع هذا وانه يضر بالجيران ان كان قادرا على البناء يجبر على البناء قيل والاصح انه لا يجبر وفي كتاب الغصب من الخلاصة رجل هدم داره فانهدم دار جاره لا يضمن (قوله) وان كانت زائفة مستطيلة تشعب منها زائفة أخرى مستطيلة وهي غير نافذة (يعني المنشعبة) فليس ل) احد من (اهل الزائفة الاولى) اذا كان له جدار في الزائفة المنشعبة (قوله) واذا كانت زائفة مستطيلة ينشعب عنها زائفة مستطيلة وهي غير نافذة (أي الزائفة الثانية المنشعبة ولا

قال (واذا كانت زائفة مستطيلة الخ) سكة طويلة غير نافذة تشعب عن يمينها أو يسار هامشها على هذه الصورة



ليس لاهل الزائفة الاولى أن يفتحو بابا في الزائفة القصوى لان فتح الباب للمرور ولا حق لهم في المرور لان المرور فيه الاهل خاصة لكونه غير نافذة بمنزلة دار بين قوم ليس لاحد أن يفتح بابا بغير اذنهم فكذا هذا لا ترى أنه لو بيعت دار في تلك السكة القصوى ليس لاهل السكة العظمى أن يأخذوا بالشفعة لان تلك السكة لهم خاصة

بخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة ثم قبل المنع من المرور ولا من فتح الباب لان الفتح رفع بعض جداره وله أن يرفع جميع جداره بالهدم
فرفع بعضه أولى ولهذا الفتح كوة أو بابا لا تستضاء دون المرور ولم يمنع والاصح أنه يمنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور وفي كل ساعة
ولانه اذا فعل ذلك وتقادم العهد وبما يدعى الحق في القصى بتركيب (٤١٣) الباب ويكون القول قوله من هذا

الوجه فيمنع وكلام المصنف
ليس فيه ما يدل على أن
الرائعة الاولى غير نافذة وقد
صرح بذلك الامام النعماني
والغيبه أبو الليث اذا
جعلت الضمير موضوعا
موضع اسم الاشارة حتى
يكون تقديره وذلك غير
نافذة فيجوز أن يكون حالا
من الرائعين جميعا لان
الاشارة بذلك الى المثنى
والجمع صحيحة فيكون من
قبيل قوله تعالى قل أرايتم
أن أخذ الله منهم أبصاركم
ونحنم على قلوبكم من الله
غير الله يأتكم به أى بذلك
على أحد الوجهين وان
كانت الرائعة القصى
مستدرة قد لزق طرفها
بمعنى سكة فيها عوج حتى
بلغ اعوجاجها رأس السكة
والسكة غير نافذة فكل
واحد منهم أن يفتح بابا في
أى موضع شاء لانها سكة
واحدة اذهى ساحة
مشتركة لكل واحد منهم
حق المرور في كلها ولهذا
يشتركون في الشفعة اذا
بيعت دار منها هذه الصورة

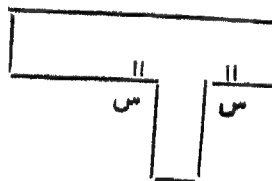


(قوله فيجوز أن يكون
حالا الخ) أقول الجواز

لا يستلزم الدلالة في اتصال الاستثناء تأمل (قوله لان الاشارة بذلك الى المثنى والجمع صحيحة) أقول يعنى أن الاشارة باللفظ ذلك الى المثنى والجمع
صحيحة بتأويل ما ذكر

بخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة قبل المنع من المرور ولا من فتح الباب لانه رفع بعض جداره والاصح
ن المنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور وفي كل ساعة ولانه عساه يدعى الحق في القصى
بتركيب الباب (وان كانت مستدرة قد لزق طرفها فلهم أن يفتحوا) بابا لان لكل واحد منهم حق المرور
في كلها اذهى ساحة مشتركة ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها

ان يفتح في جداره ذلك بابا في الزائفة المنشعبة وهذه صورتها



والذى يمكنه أن يفتح بابا في الزائفة القصى هو صاحب الدار التي في ركن الزائفة الثانية وانما قلنا ليس له ذلك
لان فتحه للمرور ولاحق لاهل الزائفة الاولى في المرور وفي الزائفة القصى بل هو لاهلها على الخصوص ولذا
لو بيعت دار في القصى لم يكن لاهل الاولى شفعة فيها بخلاف أهل القصى فان لاحدهم أن يفتح بابا
في الاولى لان له حق المرور فيها (بخلاف النافذة فان المرور فيها حق العامة) ولا خلاف ان له أن يفتح قال
بعض المشايخ لا يمنع من فتح الباب بل من المرور لان فتح الباب رفع بعض جداره وله أن يرفعه كله فكذلك له أن
يرفع بعضه والاصح أن يمنع من الفتح لانه منصوص عليه في الرواية بنص مجمد في الجامع ولان المنع بعد الفتح
لا يمكن اذ لا يمكن مراقبته ليلا ونهارا في الطريق فيخرج ولانه عساه يدعى بتركيب الباب وطول الزمان حقا
في المرور ويستدل عليه بتركيب الباب فيكون بتركيب الباب بهذا النقص مدعى حق المرور ويكون
القول قوله لا ظاهر الذي معه وهو فتح الباب (ولو كانت) المنشعبة (مستدرة فلهم أن يفتحوا لان لكل منهم
حق المرور في كلها اذهى ساحة مشتركة) غاية الامر أن فيها اعوجاجا (ولهذا يشتركون في الشفعة اذا
بيعت دار منها) وهذه صورتها



وفي الحيطان زقاق غير نافذ أراد ان يسان يعنى من أهله أن يتخذ طينا ان ترك من الطريق قدر الممر للناس
ويرفعه سريعا ويغلقه في الاحياء مرة لا يمنع منه وكذا لو أراد أن يبنى آريا أو دكانا وهو الذي نسميه في عرفنا
مصطبة ولو استأذن رجلا في وضع جذوع على سائطه أو حفر سربا تحت داره ففعل ثم باع الاذن داره

فرق في الاولى بين أن تكون نافذة أو غير نافذة في أن لاق لاهلها في المنشعبة بخلاف ما اذا كانت المنشعبة
نافذة لان المرور فيها حق العامة فلا لاهل الاولى فتح الباب فيها وذكر الامام النعماني رحمه الله سكة طويلة
غير نافذة في أسفلها من جانب اليمين أو الشمال زقيقة طويلة غير نافذة فليس لاحد من أهله السكة أن يفتح
بابا على جداره من الزقيقة لانه لاحق له فيها (قوله ولانه عساه يدعى الحق في القصى) بتركيب الباب لانه
اذا فعل ذلك وتقادم العهد وبما يدعى الشركة في الطريق في تلك الزائفة ويستدل على ذلك بالباب المركب
ويكون القول قوله من هذا الوجه فيمنع منه

للمشتري أن يأخذها برفعها الا اذا شرط بقاءها عند البيع وكذلك لو كان نصب أعمدة ملاصقة لجدار الرجل
مقابلة لبابه ونصب عليها وعلى وجه داره سقيفة للمشتري أن يطالبه بازالتها الا اذا شرطها ولو أن لرجل
حائطاً ووجهه في دار رجل فاراد أن يطبق حائطه ولا سبيل اليه الا بدخول دار الرجل وأنهم لم يحاطوا فوق
نقصة في داره فاراد أن يدخل ليل الطين وغيره فمعه صاحب الدار أو له بحري ماء في داره فاراد حفره واصلاحه
ولا يمكن الا بدخول دار الرجل وهو عنده يقال له اما أنت تركه يدخل ويصلح ويفعل بماله أو تفعل بمالك كذا
روى عن محمد بن وهب أخذ الفقيه أبو الليث وفي وقف النوازل دار مشتركة بين قوم لبعضهم أن يربطوا الدابة
فيها وأن يضعوا الخشب على وجهه لا يضر بصاحبه وان يتوضوا بحيث لا تضيق عليهم الطريق لم يروهم
ولو عطل بها أحداً يضمن ولو حفر الأرض يؤمر أن يسد ويمهأ فان نقص الحفر يضمن النقصان وكذلك لو كان
الطريق بين قوم وهو غير نافذ غير أن في الطريق لا يضمن نقصان الحفر وفي أول قسمة الأصل قبيل باب قسمة
الدار ورجل أصاب ساحة في القسمة فاراد أن يبنها ويرفع بناءها أو أراد ألا يرفعها وقال تسد على الريح
والشمس له أن يرفع بناءه وله أن يتخذ فيها حائماً أو تنورا وأن كف عمال يؤذي جاره فهو حسن ولا يجبر على ذلك
ولو فتح صاحب البناء في عابو بنائه بأب أو كوة لم يكن لصاحب الساحة منه ولصاحب الساحة أن يبنى في ملكه
ما يستعمله ولو اتخذ بئر في ملكه أو كرى ساء أو بالوعة فترمها حائط جاره وطلب جاره منه نحو يله لم يجبر عليه
فان سقط الحائط من ذلك لا يضمن هذا كله ظاهر المذهب وجواب الرواية وحكي عن أبي حنيفة أن رجلاً
شكا اليه من بئر حفرها جاره في داره فقال احفر في دارك بقرب تلك البئر بالوعة ففعل فنجست البئر
فكسبها صاحبها ولم يفتع الخافر بل هداه الى هذه الحيلة وبذلك كان يفتي الشيخ الامام طه سبر الدين
المرقيني وفي مضاربة النوازل لو اتخذ داره حظيرة للغم والجبران يتاذون من نين السرقين ولا يمانون على
الرعاة ليس لهم في الحكم منعه وبه قال الشافعي وأجد ولو حفر في داره بئر فترمها حائط جاره ليس له منعه قال
في فصول العمادى نقلا عن الذخيرة بعد ان نقل عن نصير بن يحيى أن للقاضي منع الجار من ذلك وذكر غيره
تمسكهم بقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار والوجه الظاهر الرواية لان صاحب البناء كان ينتفع بهواء
ملك صاحب الساحة قبل البناء فصاحب الساحة اذا سد الهواء بالبناء فامنع عن الانتفاع بملكه ولم يتلف
عليه ملك ولا منفعة فصار كمن لو كان لرجل شجرة يستظل بها جاره فاراد قطعها لا يمنع من ذلك وان تضر به
الجار يمنع من ذلك الانتفاع وتبصر هذه المسئلة رواية في مسئلة لارواية لها في الكتب ومصرها بالقارسية
في الذخيرة وغيرها وحاصلها بالعربية بيتان لرجلين لكل منهما سقف واحد فاراد أحدهما أن يرفع البناء
ويجعله داسق فيقال في الفتاوى الصغرى ان كانا في القديم بسقف واحد لا تخران منعه وان كانا بسقفين
فليس له منعه قال وحد القديم أن لا تحفظ أقرانه وراء هذا الوقت كيف كان قال في الخلاصة فلما قام أحدهما
البيتة على أنه قديم والا تخو على أنه محدث فبيتة القديم أولى قال ولا تقبل شهادة أهل السكة في هذا قال
في الذخيرة ينبغي أن لا يكون له المنع على قياس هذه المسئلة لان صاحب البيت الا تخريجه لبيتة داسق في
ومنعه من الانتفاع به وملك نفسه انتهى وعلى تقدير الفرق فالفرق ان في هذه المسئلة وهي مسئلة البيتين
يريد أن يمنع من الضوء والضوء من الحوائج الاصلية وفي مسئلة الأصل يمنع من الشمس والريح وذا من الحوائج
الزائدة انتهى وأما قوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار فلا شك أنه عام مخصوص للقطع بعدم امتناع
كثير من الضرر كالتعازير والحدود ونحوها وطبع ينتشر به دخان قد يعجز في خصوص أماكن
فتضرر به جيران لا يطبخون انقرهم وما جرت بهم خصوصاً اذا كان فيهم مريض يتضرر به وكأثر ينال من
التضرر بقطع الشجرة المملوكة للقاطع فلا بد أن يحمل على خصوص من الضرر وهو ما يؤدى الى عدم
بيت الجار ونحوه من الضرر والبين الفاحش وفي الذخيرة حكى عن بعض مشايخنا وجههم الله أن الدار اذا كانت
مجاورة للور فاراد صاحب الدار أن يبنى فيها تنورا للخبز الدائم أو رحي للطحن أو مدقة للقصار من يمنع منه
لأنه يتضرر به جيرانه ضرراً فاحشاً قبل وأجمعوا على منع الذي يهدم الحيطان ويوهن الدوران الرحي من

قال (ومن ادعى في دار دعوى وأنكرها الذي هي في يده الخ) دار يدور جل ادعى عليه آخرا له فيها حق أو أنكره ذواليد ثم صالح منها جاز الصلح وهي مسألة الصلح على الإنكار وسبأ الكلام فيه في الصلح ان شاء الله تعالى فان قيل كيف يصح الصلح مع جهالة المدعى ومعلوم مقدار شرط صحة الدعوى ألا ترى أنه لو ادعى على انسان شيئا لم تصح دعواه أجاب بان المدعى وان (١٥٠) كان مجهول ولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لانه جهالة في الساقط والجهالة فيه لا تقضي الى المنازعة والمنازع منها مأفوف في المبالغة والقتال أن يقول جهالة المدعى اما أن تكون مائة صحة الدعوى أولا فان كان الثاني صح دعوى من ادعى على انسان شيئا لم تصح دعواه في النهاية فاقول ان ذكره في النهاية فاقول ان الفوائد الظهري يتوان كان الاول لما جاز الصلح فيما نحن فيه لجهالة المدعى لكنه صحيح والجواب باختصار الشئ الاول ولا يلزم عدم جواز الصلح فيما نحن فيه لان صحة الدعوى ليست بشرط معرفة المدعى لانه لم يقطع الشك والخشام وذلك يتحقق بالباطل كما يتحقق بالحق غايته ما في الباب ان الحاكم يقول للمدعى دعوا فاسد لا يترتب عليها شيء ويمكنه ازالة الفساد باعلام مقدار مما يدعى فلا يكون رده

(قوله فان قيل كيف يصح الصلح الخ) أقول الانسب أن يقرر السؤال الاول هكذا كيف يصح الصلح مع جهالة المدعى جهالة مفسدة لسان العقود وفيه فساد الصلح أيضا

قال (ومن ادعى في دار دعوى وأنكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهي مسألة الصلح على الإنكار) وسند كرها في الصلح ان شاء الله تعالى

ذلك والحاصل أن القياس في جنس هذه المسائل أن يفعل صاحب المالك ما به المطلق لانه يتصرف في خالص ملكه وان كان يلحق الضرر بغيره لكن يترك القياس في موضع يتعدى ضرره الى غيره ضررا فاحشا كما تقدم وهو المراد بالبين فيما ذكر الصدر الشهيد وهو ما يكون سببا للهدوء وما يوهن البناء سببه أو يخرج عن الانتفاع بالكلية وهو ما يمنع من الخواص الاصلية كسند الضوء بالكلية على ما ذكر في الفرق المتقدم واختار والفتوى عليه وأما التوسع الى منع كل ضرر ما فيسد باب الانتفاع بملك الانسان كما ذكرنا قريبا ومنه ذكر أن أبو الليث في فتاواه حجة سطلها وسطا جاره متساويان فاحذر جاره حتى يتخذ حائطا بينه وبين جاره ليس له ذلك فلو أراد أن يمنع من العودة حتى يتخذ سترة ان كان اذا صعد يقع بصره في دار جاره له المنع وان كان لا يقع اسكن يقع اذا كفوا على السطح ليس له المنع قال في فصول العمادى وعلى قياس المسئلة المتقدمة هي أن لا يمنع صاحب الساحة من أن يفتح صاحب العلو كوة ينبغي أن يقال في هذه ليس للجار حق المنع من الصعود وان كان بصره يقع في دار جاره ألا ترى أن محذور جهالة المدعى جعل صاحب الساحة حقيق منع صاحب البناء عن فتح الكوة في علوه مع أن بصره يقع في الساحة والمراد من قوله ياخذ جاره ببناء السطرة أن يشترك في بناءه الا أن يستعمل هو بذلك ويدل عليه بعض العبارات في كتاب الحيطان درابيزر جلين قسمها وقال أحدهما بنى جارا بيننا ليس على الآخر اجابته وان كان أحدهما يؤذى الآخر بالاطلاع عليه كان للقاضي أن يأمرهما ببناءه يتخارجان نفقة بقدر حصة كل منهما يفعله القاضي للمصلحة وتظهيرها في فتاوى أبي الليث رجل في داره شجرة فصادها فاذ ارتقاها بطلع على عوران الجار بمنعه القاضي منه اذا رآه قال في الذخيرة وعلى قياس مسألة فتح الكوة ليس للجار ولاية المرافعة ولا للقاضي المنع انتهى ولقد أحسن الصدر الشهيد في واقعته حيث قال المختار ان المرتقى يخبرهم وقت الارتقاء مرة أو مرتين حتى يستروا أنفسهم لان هذا جاع بين الحقيقين (قوله ومن ادعى في دار دعوى وأنكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهي مسألة الصلح على الإنكار وسند كرها في الصلح ان شاء الله تعالى)

(قوله ومن ادعى في دار دعوى وأنكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز) ذكر في بعض ثروح الجامع الصلح غير انما يصح الصلح اذا كان المدعى مع لوما بان ادعى مثلا ثلثا ثور بربع ونحو ذلك فاما اذا ادعى دعوى ولم يبين أن المدعى ثلث أو ربع أو نحو ذلك لا يصح الصلح لان الصلح انما يصح لاقتداء البمين والاقتداء انما يكون اذا توجهت البمين والبمين انما توجه اذا صحت الدعوى فاذا لم تصح فلا يكون الصلح اقتداء فان ادعى حقا فيها فأنما يصح الصلح اذا ادعى اقرار صاحب اليد بالحق فيها حتى تصح الدعوى هكذا قيل ألا ترى أنه لو ادعى على انسان شيئا لا تصح الدعوى ولو ادعى عليه أنه اقره بشئ تصح الدعوى لجهالة المدعى في الاول دون الثاني وقال بعضهم يصح الصلح وان لم يبين مقدار ما يدعى لان الصلح انما يصح لدفع الشك وقطع الخصومة وهذا المعنى يمكن تحقيقه في الدعوى الفاسدة لان الدعوى وان كانت فاسدة فالمدعى يمكنه ازالة الفساد باعلام المدعى فيحقق معنى الشك والخصام وهذا يدفع بالصلح ولهذا لو ادعى رجل نكاحا على امرأة وهي تنكره فصالحته على مال جاز بالاتفاق وان لم يستخاف عند

و يجاب بان المفسدة هي الجهالة المفضية الى النزاع وهذا ليست كذلك لانها جهالة في الساقط وأما على تقريره فلا يرتبط الجواب الاول بل الجواب حينئذ هو ما أجيب به عن السؤال الثاني كما يظهر بالتأمل الصادق (قوله لجهالة المدعى) أقول فلا تصح الدعوى فلا يترجم البمين على المدعى عليه حتى يعتدى بالصلح على ما سيجيء (قوله لانه لقطع الشك) أقول ولا يلزم أن يكون لاقتداء البمين على ما كتبناه من النهاية ومراجع الراية في لها مش

مفيدا قال (ومن ادعى دارا في بدر جل الخ) اذا ادعى دارا في بدر جل انه وهبها له منذ شهرين مثلا وسلمها اليه وانما ملكه بطريق الهبة والتسليم
وتجدد دعواه ذواليد فستل البينة فقال لي بينة تشهد على الشراء لاني طلبت منه بعددني الهبة فاضطروا الى شرائها منه فاشترى يتهامنه وأشهدت
عليه وأقام البينة على الشراء فان شهدت على الشراء قبل الوقت الذي يدعى فيه الهبة لا تقبل لظهور التناقض من وجهين أحدهما من حيث ان
المدعى ان ادعى الشراء بعد الهبة حيث (٤١٦) قال جددني الهبة فاشترى يتهامنه والغاء للتعقيب والشهود وشهدوا بشراء قبلها فكانت

والمدعى وان كان مجهولا فالصالح على ما علم عن مجهول جائز عندنا لانه جهالة في الساقط فلا تنقض الى المنازعة
على ما مر قال (ومن ادعى دارا في بدر جل انه وهبها له في وقت كذا فستل البينة فقال جددني الهبة فاشترى يتهامنه
منه وأقام المدعى البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعى فيه الهبة لا تقبل بيئته) لظهور التناقض اذ هو
يدعى الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق ولو كان ادعى الهبة
ثم أقام البينة على الشراء قبلها ولم يقل جددني الهبة فاشترى يتهامنه تقبل أيضا ذكره في بعض النسخ لان دعوى
الهبة اقرار منه بالملك للواهب عندها ودعوى الشراء رجوع عنه فعدم تناقض بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد
الهبة لانه تقرر ملكه عندها

ونقل في النهاية عن بعضهم انه أراد بالمدعى مقدارا معيننا كالثمن ونحوه لتصح الدعوى فانها لا تصح مع
جهالة المدعى به ونقل عن والظهير الذين انه كان يقول الصلح عن الدعوى انما يصح اذا كانت صحيحة لان
الصلح انما يصح لاقتداء اليمين واليمين انما توجه اذا صححت الدعوى قال وهذا يشك على قول أبي حنيفة فانه
لو ادعى رجل على امرأة نكاحا فصالحته على مل دفعته اليه مع أن اليمين لا تتصور في النكاح عنده فالحق
أن الصلح يتحقق لدفع الشغب والخصام صحت الدعوى أو لم تصح ولذلك قال المصنف (والمدعى وان كان مجهولا
فالصلح عن مجهول على ما علم جازر عندنا لانه جهالة في الساقط فلا تنقض الى المنازعة) يعني وهو المانع (قوله
ومن ادعى دارا في بدر جل انه وهبها له في وقت) يعني ذكر وقتا معينة كقوله منذ شهر وسلمها لي ذلكم هو
الآن في يده وأطالبه بدفعها الى قطا له القاضي بالبيان فقال ليس لي بينة على الهبة بل على الشراء لانه بعد
الهبة والتسليم ظفر بها فبسطها عنى فاشترى يتهامنه وأقام بيئته فشهدوا وأرخوا وقتا قبل الوقت الذي يدعى فيه
الهبة (لا تقبل لظهور التناقض) بين الدعوى والبينة لان الدعوى ان الشراء في تاريخ بعد تاريخ الهبة وهم
يشهدون بانه قبل الهبة وبين نفس اجزاء الدعوى لانه بمقتضى البينة وقوله كانه قال وهب لي هذا الشيء وكان
ملكى بالشراء قبل فلا يثبت الملك بالهبة بعد الشراء فكان مناقضا (ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح
التوفيق) الذي وفقه (ولو ادعى الهبة) يعني وأرخ فطوبى بالبينة فقامت على الشراء قبله ولم يقل جددني
الهبة فاشترى يتهامنه (توفيقا لم تقبل أيضا ذكره في بعض النسخ) كانه يريد نسخ الاصل (لان دعوى الهبة
اقرار منه بالملك للواهب عندها ودعوى الشراء رجوع عنه فعدم تناقض بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة
لانه تقرر ملك الواهب عندها) أى عند الهبة ولو لم يورخ الشراء تقبل البينة كالأمر ذكره تاريخا بعد الهبة
لا يمكن الحمل على ما ينتفى به التناقض وهذا على احدى الروايتين في صحة الدعوى اذا أمكن التوفيق وان
لم يوفق المدعى وشاهده ما ذكر في رجل ادعى دارا في بدر جل انها داره اشتراها من أبيه في محنة وهو ينكر
وأقام المدعى على ذلك بيئته ولم ترك أولم تقيم بيئته وحالف المدعى عليه ثم أقام بيئته انها داره ورثها من أبيه قبل
القاضي بيئته ولا يكون دعواه الارث تناقضا ولو ادعى الارث من الاب أولا ثم ادعى الشراء منه بعد ذلك وأقام

أبي حنيفة رحمه الله (قوله ومن ادعى دارا في بدر جل انه وهبها له في وقت فستل البينة فقال جددني الهبة
فاشترى يتهامنه وأقام البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعى فيه الهبة لا تقبل) لظهور التناقض اذ هو يدعى
الشراء بعد الهبة) لانه قال جددني الهبة فاشترى يتهامنه والغاء للتعقيب وهم يشهدون به قبله هذا هو التناقض

الشهادة مخالفة للدعوى
والثاني من حيث المدعى
نفسها ان ثبت موجب
الشهادة وهو تقدم وقت
الشراء على وقت الهبة لانه
حينئذ يكون قاذرا وهب لي
هذه ابدار وكانت ملكا لي
بالشراء قبل الهبة فكيف
يثبت الملك بالهبة بعد
ثبوته بالشراء وان شهدوا
بالشراء بعد الوقت الذي
دعى فيه الهبة قبلت شهادتهم
لوضوح التوفيق ووقع
في بعض النسخ وهم يشهدون
به قبله أى قبل عقد الهبة أو
وقتها وفي بعضها قبلها أى
قبل الهبة وكذا في قوله ولو
شهدوا به بعده ولو كان
المدعى ادعى الهبة ثم أقام
البينة على الشراء قبل عقد
الهبة أو وقتها لم يقل جددني
الهبة فاشترى يتهامنه لم تقبل
أيضا لان دعوى الهبة اقرار
منه بالملك للواهب عند الهبة
ودعوى الشراء قبلها
رجوع عنه فعدم تناقض وأما اذا
ادعى الشراء بعد الهبة قبلت
لانه يقرر ملك الواهب عندها
فليس بمناقض قيل ينبغي
أن لا تقبل في هذه الصورة
أيضا لانه ادعى شراء باطلا
لانه ادعى شراءا ملكه

(ومن)

بالهبة وأوجب بانه لما جدد الهبة فقد فسخها من الاصل وتوقف الفسخ في حق المدعى على رضاه فاذا

أقدم على الشراء منه فقد رضى بذلك الفسخ فيما بينهما فانفسخت الهبة بتراضيهما واشترى ما لا يملكه فكان صحيحا

(قوله ان ثبت موجب الشهادة) أقول وجعلناه مدعىا على وقفها قال المصنف (بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة) أقول المراد هو الادعاء
الناشئ به وجب الشهادة نامل

قال (ومن قال لا تخراشترت منى هذه الجارية الخ) وجعل قال لا تخراشترت منى هذه الجارية فانكره ان اجمع على ترك الخصومة أى عزم بقلبه وقيل أن يشهد بلسانه على العزم بالقلب أن لا يخاصم معه وسعه أى حل له أن يطالب الجارية لأن المشتري لما جرد العقد كان ذلك فسحا من جهته اذ الفسخ يثبت به لان الجود انكار للعقد من الاصل والفسخ رفع له من الاصل فيتلاقبان بقاء فجاز أن يقوم أحدهما مقام الآخر كما لو تجادفاته يجعل فسحا للاحالة فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ من الجانبين (٤١٧) قيل لو جاز قيام الجود والعزم على ترك الخصومة مقام الفسخ لجاز لامرأة جحد زوجها النكاح وعزمت على ترك الخصومة أن تزوج تزوج فزوج آخر إقامة

لهما مقام الفسخ لكن ليس لها ذلك وأوجب بان الشئ يقوم مقام غيره اذا احتمل المحل ذلك الغير بالضرورة والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد اللزوم فكيف يقوم غيره مقامه بخلاف البيع فان قيل بمجرد العزم قد لا يثبت به الحكم كعزم من له شرط الطار على الفسخ فان العقد لا يفسخ بمجرد تنزل المصنف في الجواب فقال وبمجرد العزم ان كان لا يثبت به الفسخ فقد اقترن العزم بالفعل وهو ماسك الجارية ونقلها من موضع الخصومة الى بيته وما يضاهاه كالاستخدام لان ذلك لا يحل بدون الفسخ فتحقق الانفساخ لوجود الفسخ منه مادام له وبه يندفع ما قال زفرانه لا يحل له وطؤها لان البائع متى باعها من المشتري بقيت على ملكه مالم يبيعها أو يتقاعلا ولم يوجد ذلك لان التقابل

عليه بينة لا يقضى له بالدار لا مكان التوفيق في الاول بخلاف الثاني قال شيخ الاسلام اذا تمكن التوفيق تصح الدعوى وان لم يدع المدعى التوفيق وفي دعوى المبسوط اشارة الى انه لا تقبل بينة الا أن يوفق المدعى فكان التوفيق من المدعى شرطاً في رواية وليس شرطاً في أخرى وفي المحيط قيل ما قالوا لوفيق بغير دعوى المدعى قياس وما قالوا لوفيق بدون دعواه استحسان فان قيل ينبغي أن لا تقبل هذه البينة لأنه يدعى شراء مملوكة بالهبة والتسليم أوجب بان سائر العقود تنفسخ بالتجاعد الا النكاح وهنا كذلك فان الفسخ يتحقق من جهة الواهب بجحد وحين أقدم الآخر على الشراء منه فقد رضى بذلك فانفسخت الهبة بتراضيهما فاذا اشترى هو ذلك فقد اشترى ما لا يملكه (قوله ومن قال لا تخراشترت منى هذه الجارية فانكره ان اجمع البائع على ترك الخصومة وسعه ان يطأها) وجهين أحدهما (أن المشتري لما جحد كان فسحاً من جهته اذ الفسخ يثبت بالجد كما اذا تجادف) مع حيث يفسخ قطاراً فان عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ وأورد عليه ان بمجرد العزم لا يحصل به الفسخ لأن ترى ان من له خيار الشرط اذا عزم بقلبه على فسخ العقد لا يفسخ الجواب بان المراد العزم المؤكدة فعل اقترن به من امساكها ونقلها الى بيته فان امساكها لا يحل بلا فسخ فكان الفسخ ثابتاً به دلالة كمن قال لا تخراشترت هذه الدابة يوما بكذا التركها الى مكان كذا فاختار أخذ المستاجر ليركبها كان ذلك قبولا دلالة

(ومن قال لا تخراشترت منى هذه الجارية فانكره ان اجمع البائع على ترك الخصومة وسعه ان يطأها) لان المشتري لما جحد كان فسحاً من جهته اذ الفسخ يثبت به كما اذا تجادف فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ وبمجرد العزم ان كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو ماسك الجارية ونقلها وما يضاهاه ولانه ما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فاترضى البائع

بين الدعوى والشهادة ولو شهدوا به بعده تقبل لوضوح التوفيق بريده لو ادعى الشراء بعد ما ادعى الهبة وشهدوا به بالشراء بعد الهبة تقبل لوضوح التوفيق لانه لا يمكنه أن يقول وهب من ذمى شهر ثم جحد في الهبة فاشترى بها منه منذ أسبوع وهذه المسئلة تدل على أن التناقض انما يمنع صحة الدعوى اذا لم يمكن التوفيق اما اذا لم يمكن فلا كذا ذكر في الاقضية وذكر في رواية أن التوفيق من المدعى شرط وفي المحيط قيل ما قالوا بوفيق بغير دعوى المدعى قياس وما قالوا لوفيق بدون دعواه استحسان ولو كان ادعى الهبة ثم أقام البينة على الشراء قبله ولم يقل بجحد في الهبة فاشترى بها لم تقبل أيضاً لانه وان كانت الشهادة متوافقة للدعوى الا انه متناقض في الدعوى لان دعواه الهبة منه في وقت يكون اقرا بانها كانت مملوكة له في ذلك الوقت ثم دعواه الشراء قبل ذلك يكون رجوعاً عن ذلك الاقرار وبالرجوع عن الاقرار لا يمكن من اثبات الدار بالبينة وأما دعواه الشراء بعد ذلك بقررا قراره بالملك في ذلك الوقت فيمكن من اثباته بالبينة فان قيل ينبغي أن لا تقبل بيته في هذا الوجه أيضاً لانه ادعى شراء باطلا لانه ادعى شراء مملوكة بالهبة قلنا اذا جحد الهبة فقد فسحها اذ جحد ما عدا النكاح من العقود فسح له بخلاف النكاح لانه لا يحتمل الفسخ فانفسخت الهبة في حق المدعى عليه وتوقف الفسخ في حق الآخر على رضاه فاذا أقدم على الشراء منه فقد رضى بذلك الفسخ وتم الفسخ فيما بينهما بتراضيهما فاذا اشترى منه بعد ذلك فقد اشترى ما لا يملكه فصح (قوله وبمجرد العزم ان كان لا يثبت الفسخ

(٥٣ - فتح القدير والكفاية) - سادس) موجود دلالة (قوله ولانه) دليل آخر ان المشتري لما جحد العقد تعذر استيفاء الثمن منه ولما تعذر فأتى بالبائع وقواته لوجوب الفسخ لقوات ركن البيع فيستقل بنفسه فيجعل عزمه فسحاً على ما مر والقرن بين الدليلين أن الانفساخ كان في الاول مترتباً على الفسخ من الجانبين وجعل جوده فسحاً من جانبه والعزم على ترك الخصومة من جانب البائع وفي الثاني (قوله تنزل المصنف في الجواب الخ) أقول في العبارة تسامح (قوله لان ذلك لا يحل بدون الفسخ) أقول فيه شئ حيث يفهم منه أن يتقدم الفسخ على النقل وما يضاهاه وهو التنازع في غير خفي (قوله انما ترك ركن البيع) أقول فيه بحث لان الرضا شرط الا أن يجعله ركناً

(٥٣ - فتح القدير والكفاية) - سادس) موجود دلالة (قوله ولانه) دليل آخر ان المشتري لما جحد العقد تعذر استيفاء الثمن منه ولما تعذر فأتى بالبائع وقواته لوجوب الفسخ لقوات ركن البيع فيستقل بنفسه فيجعل عزمه فسحاً على ما مر والقرن بين الدليلين أن الانفساخ كان في الاول مترتباً على الفسخ من الجانبين وجعل جوده فسحاً من جانبه والعزم على ترك الخصومة من جانب البائع وفي الثاني (قوله تنزل المصنف في الجواب الخ) أقول في العبارة تسامح (قوله لان ذلك لا يحل بدون الفسخ) أقول فيه شئ حيث يفهم منه أن يتقدم الفسخ على النقل وما يضاهاه وهو التنازع في غير خفي (قوله انما ترك ركن البيع) أقول فيه بحث لان الرضا شرط الا أن يجعله ركناً

يترتب على الفسخ من جانب البائع باستبداده قال (ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم الخ) ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم قرضاً أو عن سلعة عنده أو غير ذلك ثم قال أنه زوف صدق سواء كان مفصلاً أو موصولاً دل على ذلك دلالة ثم في الكتاب والتصریح به في غيره وفي بعض نسخ الجامع الصغير وقع في موضع قبض اقتضى والمعنى ههنا واحد والحكم فيها سواء ووجه ذلك أن الزوف من جنس الدراهم إلا أنها معيبة بدليل أنه لو تجوز به فيما لا يجوز (٢١٨) الاستدلال في بدله كالصرف والسلم جاز ولو لم يكن من جنسها كان التجوز بزيادة بدلاً

فيستبد بفسخه قال (ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى أنها زوف صدق) وفي بعض النسخ اقتضى وهو عبارة عن القبض أيضاً ووجهه أن الزوف من جنس الدراهم إلا أنها معيبة ولهذا لو تجوز به في الصرف والسلم جاز والقبض لا يختص بالجيد فيصدق لأنه أنكر قبض حقه

لأن الأخذ والاستعمال لا يحل إلا بقبول وفي المحيط تفسير العزم على ترك الخصومة بالقلب عند بعضهم وقيل أن يشهد بلسانه على العزم بالقلب ولا يكتفى بمجرد النية وبني في القوائد الظهيرية عليه فراعذ كره في الجامع اشترى عبد الله بعه من آخر فجاء المشتري الثاني البيع نفاصه المشتري الأول إلى القاضي ولا بد له فعزم المشتري الأول على ترك الخصومة ثم أطلع على عيب كان عند البائع الأول وأردده فأخرج البائع الأول عليه بدعواه البيع على الثاني فان كان عزم المشتري على ترك الخصومة بعد تحليف الثاني برده أو قبله فلا بد له غير مضطرب في البيع الثاني وهذا بخلاف ما لو جحد الزوج النكاح وحلف وعزمت الزوجة على ترك الخصومة لم يكن لها أن تنزع النكاح لا يمتثل الفسخ بسبب من الاستسلب الوجه الثاني التزام أن الفسخ يحصل بواحد وهو قوله ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فأتى بالبائع فيستبد بفسخه لغوات شرط البيع وهو التراضي وسند كره نظر صاحب الكافي في تدافع الوجهين قريباً (قوله ومن أقر) ههنا مسائل الأقرار بالقبض ومسائل الأقرار بالدين أما مسائل القبض ما إذا أقر (أنه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى أنها زوف صدق وفي بعض النسخ اقتضى وهو أيضاً القبض) يعني أقر أنه قبض من مديونه بدين قرض افترضه أو

إلى آخره) جواب شبهة وهي أن يقال كيف يثبت الفسخ بعزم البائع على الفسخ وفسخ شيء من العقود لا يثبت بمجرد العزم ألا ترى أن من له خيار الشرط إذا عزم بقلبه على فسخ العقد لا يفسخ العقد بمجرد عزمه فأجاب أن العزم قد اقترن بفسخه وهو مسائل الجارية ونقلها وما يضافه كالاختصاص ألا ترى أن من قال ألا يخرجك هذه الدابة يوماً بكذا التركها إلى مكان كذا فاحذها المستأجر وذهب بها أو ركبها أن ذلك يكون قبولاً كذا هنا وذكر في المحيط وتفسير العزم على ترك الخصومة بالقلب عند بعضهم وقيل أن يشهد بلسانه على العزم بالقلب ولا يكتفى بمجرد النية (قوله فيستبد بفسخه) وفي القوائد هذا فسخ من الأصل لكونه مضطراً إلى هذا الفسخ ويبنى عليه مسألة ذكرها في بيع الجامع وهي أن الرادع لو اشترى من رجل عبداً بألف درهم وتعاوضوا بعه من آخر فجاء المشتري الآخر البيع نفاصه المشتري الأول إلى القاضي ولم يكن له بينه فعزم المشتري الأول على ترك الخصومة ثم وجد به عيباً كان عند البائع الأول فأردده عليه فأخرج عليه البائع بدعواه البيع على الثاني فالقاضي برده عليه وهذا إذا عزم المشتري الأول على ترك الخصومة بعد تحليف الثاني أما إذا عزم على ذلك قبل تحليفه فليس له أن يخاصم بانه في الرد بالعيب لأنه غير مضطرب في البيع الثاني لجواز أنه متى حلفه نكح فاعتبر بيعاً جديداً في حق الثالث بخلاف النكاح فان الزوج إذا جحد النكاح واستخلف عندهما خلف وعزمت المرأة على ترك الخصومة لم يكن لها أن تنزع النكاح لا يمتثل الفسخ بسائر الأسباب فكذا بهذا السبب بخلاف البيع (قوله ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى أنها زوف صدق) أي وصل أم فصل وفي بعض النسخ أي خضع الجامع الصغير اقتضى مكان قبض (قوله ولهذا لو تجوز به في الصرف والسلم جاز) وإنما عاين غمالة الاستبدال شيء بمقابلته الدراهم لا يجوز

وهو فيما لا يجوز كما تقدم فان قيل الأقرار بالقبض يستلزم الأقرار بقبض الحق وهو الجيد جلاله على ماله حق قبضه لا ماله له ذلك ولو أقر قبض حقه ثم ادعى أنه زوف لم يسمع منه فكذا هذا لأجاب المصنف بقوله والقبض لا يختص بالجيد وهو منسحب لاجل زوف قوله جلاله على ماله حق قبضه لم والزوف له حق قبضه لأنه دون حقه وإنما المنوع من القبض ما يزيد على حقه وإذا لم يكن القبض مختصاً بالجيد فالأقرار به لا يستلزم الأقرار بقبض الجيد بدعواه الزوف لم يكن متناقضاً بل هو منكر قبض حقه والقول قول المنكر باليمين والنهرجة كالزوف لكونه من جنس الدراهم لما تقدم وعلم من هذا أنه لو أقر بالجيد وهو حقه أو بحقه أو بالثمن أو بالاستيفاء ثم ادعى كون المقبوض زوفاً ونهرجة لم يصدق لأقراره بقبض الجيد صريحاً في الأول ودلالة في الباقي لأن حقه في الجيد والثمن جيد والاستيفاء يدل على التمام ولا تنعم دون الحق

بمخلاف

بمجازاً (قوله أو عن سلعة) أقول فيه بحث (قوله ثم قال أنه زوف) أقول أي المقبوض زوف (قوله دل على ذلك الخ) أقول أي على استوائهما فإنه إذا صدق في قوله مفصلاً على ما يدل عليه ثم يعلم تصديقه موصولاً بالطريق الأولى (قوله لو أقر بالجيد وهو حقه أو بحقه) أقول قوله أو بحقه معطوف على قوله بالجيد

فمن في دعواه الزئوف متناقضا ومن هذا ظهر الفرق بين هذا وبين ما إذا ادعى عيبا في المبيع على البائع وأنكره فان القول قول البائع لا المشتري الذي أنكر قبض حقه لان المشتري أقرب قبض حقه وهو المعقود عليه ثم ادعى لنفسه حق الرد على البائع وهو منكر فالقول قوله فكان من القيسيل الثاني أعني المقر قبض الحق فلا يردنه قضاء على القيسيل الاول قال صاحب النهاية جمع بين هذه المسائل الأربع في الجواب بانه لا يصدق وليس الحكم فيها على السواء فانه إذا قرأه قبض الدراهم الجياذ ثم ادعى انه از يوف فانه لا يصدق لا مفعولا ولا موصولا وفيما سبق لا يصدق مفعولا ولكن يصدق موصولا والفرق هو أن في قوله قبضت مالي عليه وأحق عليه جعل مقرا بقبض القدر والجودة بلفظ واحد فإذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فصحح كقولنا لفلان على ألف الامانة فاما إذا قال قبضت عشرة جياذ فقد أقر بالوزن بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة فاذا قال الانهاز يوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل كقولنا لفلان على مائة درهم ودينار الا دينار كان الاستثناء باطلا وان ذكره موصولا كذا ههنا (قوله وفي الستوة لا يصدق) يعني لو ادعاه بعد الاقرار بقبض العشرة لم يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجاوز به في الصرف والسلم (٤١٩) لم يجوز فكأن متناقضا في دعواه

قال صاحب النهاية ذكر هذا الحكم مطلقا وليس كذلك ونقل عن المبسوط في آخر كتاب الاقرار ما يدل على انه ان ادعى الرصاص بعد الاقرار بقبض الدراهم ان كان مفعولا لم يسمع وان كان موصولا يسمع والستوة أقرب الى الدراهم من الرصاص فاذا كان الحكم في الرصاص ذلك ففي الستوة أولى وكان الاعتراضين وقعا لذهول عن التدقيق في كلام المصنف فان كلامه فيما اذا قال مفعولا بدلالة قوله ثم ادعى فانه للتراجع ولا نزاع في غير الزئوف والنهر جنة انه اذا ادعاه لا يقبل مفعولا

بخلاف ما إذا أقرانه قبض الجياذ أو حقه أو الثمن أو استوفى لاقراره بقبض الجياذ صريحا أو دلالة فلا يصدق والنهر جنة كالزئوف وفي الستوة لا يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجاوز به فيما ذكرنا لا يجوز والزئوف ما يريه بيت المال والنهر جنة ما يريه التجار والستوة ما يغلب عليه الغش
ثم مبيع أو بدل اجارة أو قال غصبت منه أو ادعى ألف درهم ثم قال الانهاز يوف أو نهر جنة أو قال بعد نعم هي ز يوف أو نهر جنة يصدق في الوصل والفصل وفي المبسوط أقر الطالب انه قبض بماله على فلان مائة درهم ثم قال وجدتم از يوف فالقول قوله وصل أم فصل واطلاق المصنف قوله أو صدق يغيد وهذا بخلاف فيه ما خاصة ولولم تكن الزئوف من جنس الدراهم كان قبض الزئوف مكان الدراهم استبدل بالجنس آخر في بطل عقد الصرف حينئذ كما يبطل عند قبض الستوة والزئوف ما يريه بيت المال أي يريه وفي المغرب رافت عليه دراهمه أي صارت مردودة عليه لغش فيها وقد زيفت اذا ردت وقيل هي دون النهر جنة في الرداءة لان الزئوف ما يريه بيت المال والنهر جنة ما يريه التجار والنهر جنة الذي فضته رديئة وقيل الذي الغلبة فيه للفضة وقيل اعتبر لكل رديء باطل ومنه نهر جنة أي بطل الستوة بالفتح أردأ من النهر جنة وعن السكرخي الستوف عندهم ما كان الصفراء والخماس هو الغالب وفي المبسوط الستوة كالغلول فانه صغر عوه من الجانبين وهو معرب سه طاقه أي الطاق الاعلى والاسفل فضة والاوسط صفر (قوله بخلاف ما إذا أقرانه قبض الجياذ أو حقه أو الثمن أو استوفى) أي لا يصدق فيما اذا ادعى الزئوف بعد ذلك لانه تناقض اما الاول فظاهر وكذا في غيره لان حقه في الجياذ فكان الاقرار بقبض حقه مطلقا اقرارا منه بقبض الجياذ وكذا الاقرار بقبض الثمن والاستثناء عبارة عن القبض بوصف التمام فكان عبارة عن قبض حقه أيضا وقيل في غير الجياذ مصدق موصولا وذكر الامام الثوري رحمه الله فان أقر بقبض حقه أو الجياذ أو بالاستثناء ثم ادعى الزئوف لم

وأما انه هل يقبل موصولا أو لا لم يصرح بذلك كره اعتمادا على انه لما كان بيان تغييره وهو لا يقبل مفعولا ولا يقبل موصولا وذكر أحد الجانبين فهم الجانب الآخر بقي الكلام فيما اذا أقر بالدراهم الجياذ وادعى انه از يوف فانه لا يقبل مفعولا ولا موصولا كما تقدم ويحجب عن ذلك بان قال المصنف (أو استوفى) أقول مخطوف على قبض الجياذ والاستثناء عبارة عن قبض الحق بوصف التمام (قوله فكان في دعواه الزئوف متناقضا) أقول لمصح هذا ينبغي أن لا يصدق اذا وصل أيضا والجواب هو المنع (قوله ومن هذا ظهر الفرق بين هذا وبين ما إذا ادعى عيبا في المبيع على البائع وأنكره فان القول قول البائع لا المشتري الذي أنكر قبض حقه لان المشتري أقرب قبض حقه الخ) أقول قوله أنكر أي في زعم السائل وقوله أقر أي دلالة ثم أقول قال العلامة الزبائي وبخلاف ما إذا قبض المشتري المبيع ثم ادعى العيب حيث يكون القول قول البائع لان المبيع متعين في البيع فاذا قبضه فقد أقر أنه استوفى قبض عين حقه دلالة ثم يدعوه العيب بعد ذلك صار متناقضا فلا يقبل كلامه بخلاف ما نحن فيه فان الدراهم لا تتعين وحقه ثابت في الذمة ولم يقر بقبض حقه وانما أقر بقبض الدراهم وهي مشروعة بالاقرار بقبضها لم يكن مقرا بقبض حقه انتهى في موضع ما ذكره في دعوى العيب وفيه بحث لانه لو صح يلزم أن لا يسمع شهوده لانه فرع صحة الدعوى ولا صحة مع التناقض (قوله وليس الحكم فيها على السواء) أقول لان قوله جياذ مفسر لا يقبل التاويل بخلاف غيره لانه ظاهر أو نص فيجتمعا التاويل هكذا قيل (قوله والفرق هو ان قوله قبضت مالي عليه الخ) أقول ولا يخفى عليك ان دعواه كونهاز يوف لا يلزم أن يكون بطريق الاستثناء حتى يستقيم الفرق (قوله وذكر أحد الجانبين) أقول يعني البيان مفعولا (قوله فهم الجانب الآخر) أقول جواب لما

ماذا أقر بالدين في المبسوط في باب الإقرار بالدين لوقال الإعلان على ألف درهم من غن مبيع أو قرض أوجارة الأنهار زوف أو نهر جسته لم يصدق في دعوى الزيادة وصل أم فصل في قول أبي حنيفة وعندهما يصدق ان وصل لان فصل ولو قال الإعلان على ألف درهم من غير ذكر سبب تجارة أو غصب قال بعض المشايخ هو على الخلاف أيضا لان سطلق الإقرار بالدين ينصرف الى الالتزام بالتجارة اذ هو الاثر بحال المسلم وقيل يصدق هنا اذا وصل بالاتفاق لان صفة الجودة تصير مستحقة بعد فقد التجارة فاذ لم يصرح في كلامه بجهة التجارة لاتصير موصولة بالجودة مستحقة وتأتي الحجج ان شاء الله تعالى من الجانبين وقال الشافعي وأحمد اذا فصل لا يقبل في جميع الصور لانه كما ذكر العشرة فهم الجياد وقوله هي زوف رجوع عما أقر به قلنا في مسئلتنا انما أقر بقبض الدراهم وقبض الدراهم لا يختص بالجياد لان اسم الدراهم لا يختص بالجياد بل يقع على الزوف والنهر جته فاذا قال هي زوف أو نهر جته كان حاصله انه اعترف بقبض عدة من الدراهم منكمرا انه قبض حقه اعني الجياد فيصدق مع عينه اذا كان الاخر يكذبه ولم يكن رجوعا عن شيء لان الاعم يصدق على كل أخص فاذا انفي أنه بعدما صدق عليه بعينه وانه مما صدقانه الاخرى لا يكون منافضا بخلاف ما لو قال هي ستوقه أو رصاص لا يقبل لانهم ليست من جنسها فاذ كان رجوعا أو ما لو اعترف أنه قبض الجياد أو حقه أو الثمن أو استوفى ماله عليه لا يصدق في دعواه الزوف والنهر جته لانه في هذا مقرر بقبض الجياد صريح في الاول ودلالة فيما بعده لان حقه والثمن وكذا يدل الاجارة هي الجياد قال في النهاية جمع المصنف بين هذه المسائل الاربع في الجواب بانه لا يصدق وليس الحكم فيها على الدوام فانه اذا أقر بقبض الجياد ثم ادعى انها زوف لا يصدق لاموصولا ولا مفصلا وفيما بقي يصدق موصولا ولا مفصلا والفرق ان قوله قبضت مالى عليه أو حق اقرار بقبض القدر والجودة بافظ واحدا فاذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فيصح موصولا كما لو قال على ألف الامانة أما اذا قال قبضت عشرة جياد فقد أقر بالقدر بلفظ على حدة وبالجودة بافظ على حدة فاذا قال الأنهار زوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل كما اذا قال على مائة درهم ودينار الا دينار افان الاستثناء باطل وان كان موصولا فان قيل يجب أن لا يصح استثناء الجودة وان دخلت تحت الإقرار بافظ واحدا لان الجودة تتبع للدراهم وصيغة لها واستثناء التبع موصولا لا يصح كاستثناء البناء من الدار لا يصح وان كان موصولا قلنا انما لا يصح استثناء البناء لانه دخل تحت اسم الدار تبعا فلا يجوز اخراجه موصولا وأما الجودة فدخلت تحت اللفظ مقصودا كالوزن لانه أقر بقبض ماله عليه وكما عليه تسليم الوزن عليه الجودة فكانت داخله تحت قوله مالى عليه وحق عليه مقصودا لا تبعا فيجوز استثناءه موصولا انتهى وقال صاحب الدراية بعد ان نقله فيه نوع تأمل وعندى ان التأمل يشده لا يردده وكأنه والله أعلم أشكل عليه تبعية الجودة لما ذكر في السؤال من انها تتبع وصيغة للدراهم والصفة أبدا تابعة للموصوف وهذا سهو عن قوله دخلت تحت اللفظ مقصودا لخاصة رده على السائل ان ما يكون تبعا في الوجود قد يكون مقصودا لا متصلا بهم باللفظ وصحة الاستثناء باعتبار كونه مقصودا من اللفظ كقصد الباقي سواء كان تبعا في الوجود له أو أصلا مثله وانما كانت الستوقه ليست من جنس الدراهم لان غشها غاب واسم الدراهم باعتبار الغضة والنسبة الى الغالب متعين فاذا كان الغالب هو الغش فليست دراهم الاجزاء اولذا قيل هو معرب بـه طاقه يعنى ثلاث طاقات الطاق الاعلى والاسفل فضة والوسا نحاس وهي شبه المعوّه وتعقب في النهاية اطلاق قوله في الستوقه لا يصدق بل ذلك اذا قال مفصلا أو مالى الموصول يجب أن يصدق لانه قال في اقرار المبسوط لو أقر أنه قبض خمسة مائة درهم ماله على المدرن ثم قال بعد ما سكنت هو رصاص لم يصدق لان اعم الدراهم لا يتناول الرصاص حقيقة وان قال موصولا فاقول قوله لان الرصاص من الدراهم صورة وان لم يكن منها معنى فكان بيانها غير الظاهر كلامه الى ما هو محتمل فيصح موصولا وفي الستوقه أولى لان الرصاص أبعد منها الى الدراهم يصدق لان الاستبقاء يستعمل في قبض الحق وحقه جياد وقد أقر بقبضه وكذا لو أقر بقبض الذي له عليه ثم ادعى الزيادة وان وصل فالقياس كذلك وفي الاستحسان يصدق لانه ادعى مجازا كلامه متصلا أى قبضت حتى

المنع هناك عن قبول الموصول انما هو باعتبار عارض وهو لزوم استثناء الكل من الكل كما مر لان حيث انه بيان تغيير ان صح ذلك عن الاحتجاب أو عن المشايخ وقد اختاره المصنف فانه ما عساه الى شيء من النسخ وتغييره باستثناء الدينار قد لا ينعزلان الجسودة وصف لا يصح استثناءه فساكنه لم يستثنى ثم فسّر الزوف بـازيفه بيت المال أى رده والنهر جته بما يرد التجارة ولعله أردأ من الزيف والستوقه ما يغلب عليه الغش قبل هو معرب ستوقه وهى أردأ من النهر جته حتى خرج من جنس الدراهم

(قوله وهو لزوم استثناء الكل من الكل كما مر) أقول فيه مامر (قوله لا يصح استثناء) أقول مطلقا وإذا كان دخوله في المستثنى منه تبعا لا مقصودا والثاني مسلم ولا كذلك فيما نحن فيه والاول ممنوع

قال (ومن قال لا تخولك على ألف درهم الخ) اعلم أن الاقرار إما أن يكون بما يحتمل الإبطال أو بما لا يحتمله فإن كان الأول فإما أن يستقل المقر بآبائه أو بالأول يرتد المقر له مشتقاً بذلك كما أن المقر يستقل بآبائه والثاني يحتاج إلى تصديق خصمه فعلى هذا إذا قال لا تخولك على ألف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك ألف درهم فليس عليه شيء لأن المقر أقر بما يحتمل الإبطال وهو مستقل بآبائه ما أقر به لا محالة وقد رده المقر له فيرد وقوله بل لي عليك ألف درهم غير مقيد لأنه دعوى (٤٢١) فلا بد له من حجة أي بيعة أو تصديق الخصم حتى ولو صدقه المقر

بأنه لا يثبت له المال استغناءً
وإذا قال اشترت مني هذا
العبد فأنكره أن يصدقه
بعد ذلك لأن اقراره وإن
كان بما يحتمل الإبطال لكن
المقر لم يستقل بآبائه فلا
يتفرد أحد المتعاقدين بالفسخ
كلا لا يتفرد بالعقد يعني
المقر له لا يتفرد بالرد كما أن
المقر لا يتفرد بآبائه والمعنى
أنه حقه ما بقي العقد فعمل
التصديق بخلاف الأول فإن
أحدهما يتفرد بالإنابة
فيفسد الآخر بالرد فقلت
أن عزم المقر على ترك
الخصومة وجب أن
لا يفسده التصديق بعد
الانكار فإن الفسخ قد تم
ولهذا لو كانت جارية حل
وطؤها كما تقدم ويجوز
أن يقال إن قوله ثم قال في
مكانه أشار إلى الجواب عن
ذلك فإن العزم والنقل كانا
دليل الفسخ به سقط ما قال
في الكافي ذكر في الهداية
أن أحد المتعاقدين لا يتفرد
بالفسخ وذكر قبله ولأنه لما
تعدر استيفاء الثمن من
المشتري فأتى بالعقد والبيع
فيستبد بفسخه والتوفيق

قال (ومن قال لا تخولك على ألف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك ألف درهم فليس عليه شيء) لأن اقراره هو الأول وقد ارتد المقر له والمقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجة وتصديق خصمه بخلاف ما إذا قال لغيره اشترت مني وأنكر الآخر له أن يصدقه لأن أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ كما لا يتفرد بالعقد والمعنى أنه حقه ما بقي العقد فعمل التصديق أما المقر له يتفرد بالرد اقراراً فافترقا

وذكر المحمدي في جامعهم مصر حاشية قال فاما إذا قال وجدته ساقية أو رصاصة قال شيخ لاسلام خوارزمي زاد ذكر محمد أنه يصح إذا كان موصولاً وقد من أن القول قول القابض مع يمينه فلا يمين على الطالب أنها كانت جارية في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف أحاطه إذا اتهمته (قوله ومن قال لا تخولك على ألف درهم فقال ليس لي عليك شيء) أو قال هي لك أو قال هي أفلان فقد رد اقراره فلو عاد إلى تصديقه وادعى الألف لم يسمع مثلاً أن عاد المقر إلى الاقرار بها بعد رد المقر له فصدقه بعد الاقرار الثاني فإنه يثبت استغناءً لافيضاً بخلاف ما لو أقر سيد العبد بنسبه لآسان فكذب المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه حيث لا يثبت عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الاقرار بالنسب لا يرتد بل ردي حتى كان للراد أن يعود ويدعيه فلم يلزم بالرد بقى مقراباً بنسبه لغيره فلا يمكن أن يدعيه لنفسه (ولو كان الاقرار بسبب المال مثل أن يقول اشترت مني وأنكره أن) يعود (يصدقه لأن أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ) فأنكره أن كان فسخاً من جهته لا يحصل به الانفساخ وكان العقد قائماً بعد أنكره فله أن يصدقه بعد ذلك (أما المقر له) بالمال (فيستفرد بالرد فافترقا) وناقضه في الكافي بأنه ذكره أن أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ وفيما تقدم يعني من مسئلة التجاحد قال ولأنه لم تعدر استيفاء الثمن من المشتري فأتى رضا البائع فيستبد بالفسخ والتوفيق بين كلاميه صعب انتهى وهو صحيح ويقتضى أنه لو تعدر الاستيفاء مع الاقرار بأن مات ولا بيعة أن له أن يفسخ ويستمتع بالجارية فالوجبه ما قدمه أولاً * (وهذه فروع) * ذكره في النهاية لوصدقه ثم رد اقراره لا يرتد ولو هبت المرأة صداقها لزوجها وقبل ثم رده فرده باطل وكذا لو قبل المديون الأبراء ثم رده وكذا لو قال لعبد هبت لك وتقبلت فرده لا يرتد بالرد لأنه اعتاق هذا

ذاتاً لا صفة (قوله بخلاف ما إذا قال اشترت وأنكره أن يصدقه) إذا اقرار بالدين يرتد المقر له وكذلك الاقرار بالعين ولو صدق ثم رد لا يرتد أما الاقرار بالبيع لا يرتد المقر له أن يصدقه بعد الرد لأن أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ فبرده لا يفسخ البيع فلو صدق بعد ذلك والعقد قائم على تصديقه والعلامة النسبي ذكر في الكافي أشكالات في هذا الموضع فقال ذكر في الهداية لأن أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ كما لا يتفرد بالعقد لأنه حقه ما بقي العقد فعمل التصديق وذكر قبله ولأنه لما تعدر استيفاء الثمن من المشتري فأتى رضا البائع فيستبد بفسخه والتوفيق بين كلاميه صعب قلت لا تناقض بين كلاميه فيحتاج إلى التوفيق لأن مراده بقوله لأن أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ فيما إذا كان الآخر على العقد معترفاً به كما إذا قال أحدهما اشترت وأنكر الآخر لا يكون أنكره فسحقاً للعقد لا بتم به الفسخ وفيما إذا قال اشترت مني هذه الجارية وأنكر فالمدعى للعقد هو البائع والمشتري ينكر العقد والبائع بانقراده على العقد فيستبد بفسخه أيضاً (قوله) أما المقر له يتفرد بالرد اقراراً بخلاف ما لو أقر بنسب عبده من آسان فكذب المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه حيث

بين كلاميه صعب وذلك لأنه قال لم تعدر استيفاء الثمن يستبد وههنا أقر المشتري في مكانه بالشراء لم يتعدر الاستيفاء فلا يستبد بالفسخ وإن كان الثاني كما إذا أقر بنسب عبده من آسان فكذب المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه فإنه لا يثبت منه النسب عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الاقرار بالذهب اقرار بما لا يحتمل الإبطال فلا يرتد بالرد وإن وافقه المقر على ذلك

قال المصنف (فلا بد من الحجة) أقول كيف تقبل حجة وهو مناقض في دعواه ثم أملى في جوابه (قوله فإن العزم والنقل الخ) أقول النقل قد يكون بالامر للغلام نفسه أو لغيره والآخر في مكانه

قال (ومن ادعى على آخر مال الخ) اذا ادعى على آخر مال فقال ما كان لك على شيء فطو مناه في الوجوب عليه في الماضي على سبيل الاستعرا
فأقام المدعى البينة على ما ادعاه وأقام المدعى عليه البينة انه قضاه أو على الإبراء قبلت بيئته وقال زفر وهو قول ابن أبي ليلى احم لا تقبل لان
القضاء يتلوا لوجوب وقد أنكره فكان مناقضا في دعواه وقبول البينة يقتضي دعوى صحيحة ولنا أن التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقتضي
ويبرأ منه دفعا للخصومة والشغب ألا ترى أنه يقال قضي بباطل كما يقال قضي بحق وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضي وكذا اذا قال ليس لك
على شيء والمسألة بحالها لان (٤٢٢) التوفيق أظهر لان ليس لنفي الحال فاذا أقام المدعى البينة على المدعى به والمدعى عليه على القضاء

أو الإبراء قبل زمان الحال لم يتصور تناقض أصلا قالوا دلت المسألة على قبول البينة عند امكان التوفيق من غير دعواه واستدل انحصاف المسألة الكتاب بفصل دعوى القصاص والرق فقال ألا ترى انه لو ادعى على رجل دم عمد فثبت عليه أقام المدعى عليه بينة على الإبراء والغوا وأصلح معه على مال قبلت وكذا لو ادعى رقبته جارية فانكرت وأقام البينة صلى رقبته ثم أقامت هي بينة على انه أعتقها أو كاتبها على ألف وانها أدت ألف اليه قبلت ولو قال ما كان لك على شيء قط ولا أعرفك أو ما أشبهه كقول ولا رأيتك ولا جرى بيني وبينك مخالطة والمسألة بحالها لم تقبل بيئته على القضاء وكذا على الإبراء لتعذر التوفيق اذ لا يكون بين اثنين أخذ واعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة بلا خلط ومعرفة وذكر القدرى عن اصحابنا انه أيضا تقبل لان المحجب أو المخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيما روى بعض وكلاهما

قال (ومن ادعى على آخر مال فقال ما كان لك على شيء فطو مناه المدعى البينة على ألف وأقام هو البينة على القضاء قبلت بيئته) وكذلك على الإبراء وقال زفر وجهه لا تقبل لان القضاء يتلوا لوجوب وقد أنكره فيكون مناقضا ولنا أن التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقتضي ويبرأ منه دفعا للخصومة والشغب ألا ترى انه يقال قضي بباطل وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضي وكذا اذا قال ليس لك على شيء قط لان التوفيق أظهر

كذلك في رد المقر له اقرار المقر فاما لرد المقر اقرار نفسه كأن أقر بقبض المبيع أو أقر بقبض ثم قال لم أقبض وأراد تخليف الاستحانة أقبضه أو قال بعد ان أقر بقبض المبيع لم أقبض أو قال هذا القلان ثم قال هو لي وأراد تخليف فلان أو أقر بدين ثم قال كنت كاذبا وأراد تخليف الدائن أنه أقبضه لا يخلف في المسائل كلها عند أبي حنيفة ومحمد لانه مناقض فهو كالمقارن ليس لي على فلان شيء ثم ادعى عليه مالا وأراد تخليفه لا يخلف وعند أبي يوسف والشافعي يخلف وهور واية عن أحمد لان العادة جرت على هذه الاشياء قبل تحققاتها تحرام من امتناع القابض عن الاشهاد بعد أن يسلمه فيجب أن يراعى العادة وصار كالمقارن بالبيع وقال كان تجلته وطلب بين الآخر خلف عليه كذا هذا وقال الصدر الشهيد الرأي في التخليف الى القاضي يريد انه يجتهد في خصوص الوقائع فان غلب على ظنه انه لم يقبض حين أقر وأشهد يخلف له خصمه وان لم يغلب على ظنه فبسه ذلك لا يخلفه وهذا انما هو بالنظر في الانحصار والله الهادي (قوله ومن ادعى على آخر مالا معلوم القدر وما تصحبه الدعوى (فقال) المدعى عليه (ما كان لك على شيء فطو مناه المدعى البينة على ألف وأقام هو بينة على القضاء قبلت بيئته وكذلك لو أقامها) على الإبراء وقال زفر لا تقبل) ونقل عن ابن أبي ليلى (لان القضاء يتلوا لوجوب وقد أنكره لوجوب) حيث قال ما كان لك على شيء قط فاذا أقام بيئته على انه قضاه ناقض (ولنا أن التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقتضي دفعا للشغب) وان لم يكن عليه حق (ويبرأ منه) (لذا) يقال قضي بباطل (و) أيضا (قد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضي وكذا لو قال ليس لك على شيء قط لان التوفيق أظهر) لانه نفي في الحال وهو لا يستلزم النفي مطلقا لجواز القضاء أو الإبراء بعد الزوم فينتفي في الحال بعد وجوده وهذا الاطلاق يقتضي قبول البينة اذا احتج الى التوفيق من غير دعوى التوفيق وفي بعض المواضع شرط محمد دعوى التوفيق ولم يذكري في بعض المواضع فقبل بشرط الدعوى في الكل ويحمل ما سكنت فيه على ما ذكره حتى قال في الاضية لا ينبغي للقاضي أن يوفق لانه نصب الفصل الخصومات لا لانها اولان القاضي لا يدرى ما يوفق به المدعى وفي الغوائد الظاهرية كان والذي يغني بان التوفيق اذا كان يمكنه يجب على الحاكم التوفيق حتى لا تعطل حجج الشرع والتوسط في هذا أن وجه التوفيق اذا كان ظاهرا امتدادا واجب أن يسمع لبيئته بالتوفيق المدعى كقوله ليس لك على شيء ثم أقامها على انه قضاه ونحوه وان كان متكلفا لا يعتسبه القاضي واقعا لم يذكره المدعى والله سبحانه أعلم وذلك مثل قوله وهبالي ثم أنكر فاشترى بها وكذا فيما يأتي

لا يثبت عند أبي حنيفة رحمه الله لان الاقرار بالنسب اقرار بما لا يحتمل الابطال فلا ريب في قوله (قوله لان التوفيق فيه أظهر) لان كنهه ليس لنفي الحال فصار كأنه قال ليس لك على شيء في الحال لاني قد قضيت حقتك ألا

بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فكان التوفيق ممكنا قالوا وعلى هذا اذا كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بيئته وقيل تقبل البينة على الإبراء في هذا الفصل باتفاق الروايات لانه يتحقق بالامعة

قال المصنف (ولنا أن التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقتضي ويبرأ) أقول يخالف لما سباني في الاقرار في تمثيل كون قوله قضيت حقتك اقرارا قال المصنف (وكذا اذا قال ليس لك الخ) أقول لان ليس لنفي الحال في وضع اللغة فلا يكون مناقضا في دعوى القضاء لظاهر ولا حقيقة بخلاف قوله ما كان لانه لنفي الماضي فيكون مناقضا من حيث الظاهر

قال (ومن ادعى على آخره باع جارية هذه فقال المدعى عليه لم أبيعها منك قط فاقام المدعى البينة على الشراء فوجدتها عياله يحدث مثله في مثل تلك المدة كالاصبع الزائدة وأرددها (٤٢٣) على البائع فاقام البينة على أنه برئ

البينة من كل عيب لم تقبل
ببينة ذكرها في الجامع
الصغير ولم يحسك خلافا
والخصاف أثبتة عن أبي
يوسف وأشار إليه المصنف
بقوله وعن أبي يوسف أنها
تقبل اعتبارا بما ذكرنا
من صورة الدين فإنه لو
أنكره أصلا ثم أقام البينة
على القضاء والبراءة قبلت
لأن غير الحق قد يقضى
فالمكن التوفيق فكذلك
يوزنه أن يقول لم يكن
بيننا بيع لكنه لما ادعى على
البيع سألته أن يبرئني من
العيب فأبرأني وجه الظاهر
أن شرط البراءة تغيير للعقد
من اقتضاء وصف السلامة
إلى غيره وذلك يقتضي وجود
أصل العقدان الصفة بدون
الموصوف غير متصورة وهو
قد أنكره فكان مناقضا
بخلاف مسئلة الدين لأنه
قد يقضى وإن كان باطلا
على ما سرق (ذكر حتى
كتب في أسفله الخ) إذا قرأ
على نفسه وكتب ما كتب
في آخره ومن قام بهذا الذكر
الحق فهو ولي ما فيه وأراد
بذلك من آخر هذا الصك
وطلب ما فيه من الحق فله
ولاية ذلك إن شاء الله تعالى
أو كتب في كتاب شراء ما أدرك
فيه فلان من ذلك فعلى فلان
خلاصه وتسليمه إن شاء الله
تعالى بطل الذي ذكره عند

(ولو قال ما كان لك على شيء قط ولا أعرفك لم تقبل بينة على القضاء) وكذا على الإبراء لتعذر التوفيق لأنه لا يكون بين اثنين أخذوا عطاء وقضاء ومعه املة بدون المعرفة وذكر القدوري رحمه الله أنه تقبل أيضا لأن المحجب أو المخدرة قد يوذى بالشعب على بابيه فبأمر بعض وكلائه براضائه ولا يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق قال (ومن ادعى على آخره باع جارية فاقام المدعى البينة على الشراء فوجدتها الصغار أئده فاقام البائع البينة أنه برئ إليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع) وعن أبي يوسف رحمه الله أنها تقبل اعتبارا بما ذكرنا وجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره فيستدعي وجود البيع وقد أنكره فكان مناقضا بخلاف الدين لأنه قد يقضى وإن كان باطلا في الجارية لم أبيعها له ولكن أقام بينة كاذبة بالبيع فسألته أن يبرئني من العيوب فإن مثل هذا في الحقيقة تلقين للجنة هذا (قلو) زاد على ذلك ما كان لك على شيء قط ولا أعرفك) أو قال ولا رأيتك أو قال ولا جرى بيني وبينك مخالطة ولا أخذوا عطاء أو ما اجتمعت معك في مكان وما أشبه ذلك ثم أقام بينة على القضاء والبراءة (لم تقبل) لتعذر التوفيق (وذكر القدوري) عن أصحابنا أنها تقبل أيضا لأن المحجب أو المخدرة قد يوذى بالشعب على بابيه فبأمر براضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق فعلى هذا قالوا يجب التفصيل فإن كان المدعى عليه ممن يتولى الأعمال بنفسه لا تقبل ببينته والاقتضاء في الشافعي لو قال لم أدفع اليه شيئا ثم ادعى الدفع لم يسمع لأنه يستحيل أن يقول لم أدفع اليه شيئا وقد دفعته أمالوا ادعى إقراره بالدفع اليه أو القضاء ينبغي أن يسمع لأن المناقض هو الذي يجمع بين كلاً من وهما لم يجمع ولهذا لوصفه المدعى عيانا لا يكون مناقضا كره التمرائي وقبل تقبل البينة على الإبراء في هذا الفصل باتفاق الروايات لأن الإبراء يتحقق بلامعرفة (قوله) ومن ادعى على آخره باع جارية فقال لم أبيعها منك قط فاقام المدعى البينة على الشراء (أباهامته فقبضها) (فوجدتها الصغار أئده) أو نحوه من عيب لا يحدث مثله في تلك المدة يعلم أنه كان في يد البائع وأرددها (فاقام البائع بينة أنه برئ إليه من كل عيب لم تقبل وعن أبي يوسف أنها تقبل اعتبارا بما ذكرنا) يعني التوفيق في الدين وقوله وعن أبي يوسف يشير إلى أنها ليست بظاهر الرواية عنه ولذا لم يذكر محمد فيه خلافا بين أصحابنا في الجامع الصغير وإنما حكاه المصنف عن أبي يوسف رحمه الله وجه التوفيق هنا أن يقول لم يكن بيننا بيع ولكنه لما ادعى على البيع سألته أن يبرئني من العيب فأبرأني قال شارح ولأن البيع غير الإبراء من العيب فبحجود أحدهما لا يمنع دعوى الآخر ولا يخفى ما فيه وذكر في وجه التوفيق أيضا أن يكون البائع وكيلًا عن المالك في البيع فكان قوله للمالك ما بهتها لا قط صدقا فاقامة البينة على البراءة من العيوب ليس مناقضا لوجه أعم لأنه لو كانت هذه الدعوى على وكيل نفسه لا وفق بذلك ونظيره ما ذكر التمرائي أقام بينة على الشراء وذواليد ينكر ثم أقام المنكر بينة على أن المدعى قد رد البيع قبلت ولا يعطل أنكاره البيع ببينته لأنه يقول أخذها مني ببينة كاذبة ثم استعملته فالفاني (وجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره فيستدعي وجود البيع وقد أنكره فكان مناقضا بخلاف الدين لأنه قد يقضى وإن كان باطلا) ولا يخفى أن كلام وجهي التوفيق الأول والثالث يدفع هذا (قوله)

نرى أنه لو مرح به يسمع (قوله) فيأمره بعض وكلائه براضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق فعلى هذا قالوا لو كان المدعى عليه ممن يتولى الأعمال بنفسه لا تقبل ببينته وقبل تقبل البينة على الإبراء في هذا الفصل باتفاق الروايات لأن الإبراء يتحقق بلامعرفة (قوله) وعن أبي يوسف رحمه الله أنها تقبل اعتبارا بما ذكرنا) أي في الدين وهو أن يكون البائع وكيلًا عن المالك في البيع فكان المالك في قوله ما بهتها صدقا فاقام المالك في دعواه براءة من كل عيب لا يكون مناقضا ونظيره ما ذكر أبو يوسف رحمه الله من التوفيق ما ذكره الإمام

أبي حنيفة رحمه الله وقال الاستثناء ينصرف إلى قوله على فلان خلاصه وإلى من قام بهذا الحق والشراء صحيح والمال المقر به لازم لأنه استثناء والاستثناء ينصرف

الى ما يليه لانه للاستيناف والتوكيد ومرفعه الى الجميع مبطل فبافرض للاستيناف لم يكن له هذا خلف باطل ولان الاصل في الكلام الاستبداد فلا يكون ما في الصلح بعضه مرفوعا (٤٣٤) بعض فيصرف الاستثناء الى ما يليه وهذا استحسان والجواب ان الذكر للاستيناف

على ما مر قال (ذكر حق كتب في أسفله ومن قام بهذا الذ كر الحق فهو ولي ما فيه ان شاء الله تعالى أو كتب في شراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه ان شاء الله تعالى بطل الذ كر كما وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالان شاء الله تعالى هو على الخلاص وعلى من قام بذ كر الحق وقولهما استحسان ذكر في الاقرار لان الاستثناء ينصرف الى ما يليه لان الذ كر للاستيناف وكذا الاصل في الكلام الاستبداد وله أن السك كشي

ذ كر حق) يعني صكا في اقرار بدين (قال في آخره ومن قام بهذا الذ كر فهو ولي ما فيه) يعني من أخرجه كان له ولاية المطالبة به فيه من الحق ثم كتب (ان شاء الله) متصلا بهذه الكتابة أو صلح شراء كتب فيه وما أدرك فلانا المشتري من الدرك فعلى فلان خلاصه ان شاء الله (فعند أبي حنيفة يبطل الصلح كله) الدين في الاول والشراء في هذا والخلاص (وعندهما كل من الدين والشراء صحيح وقوله ان شاء الله ينصرف الى ما يليه) وهو وكالة من قام به وضمن الدرك خاصة (وقولهما استحسان له أن السك كشي بواسطة العطف كشي

الترشيش فقال أقام البينة على الشراء وذو اليد ينكر ثم أقام المذكر بينة على ان المدعي قدر المبيع على قبلة ولا يبطل انكاره البيع البينة لانه يقول أخذها مني بعينة كاذبة ثم استقلته فإلني فاذا أمكن الجمع بينهما جمع وذكر شيخ الاسلام رحمه الله يجب أن يتناقض لانه زعم أنه لم يبع ثم ادعى البيع والغصغ والجواب عنه انه انما يتحقق المناقضة اذ لم يكن التوفيق بين الكلامين وقد أمكن ان يقول لم أبيع بنفسى وانما باعته وكيلي ثم فسخت البيع فيعمل عليه فان قبل ارتفع انكاره بقضاء القاضي فصا ومكذبا فلا يكون مناقضا كما اذارد المشتري المبيع المعيب على البائع بقضاء حيث يكون له الرد على بائعه وان أنكر قيام العيب لانه صار مكذبا ثم عاقلنا التناقض اذا كان مبناه على الخفاء لا يمنع صحة الدعوى كالمخاتعة تقيم البينة على الطاقتان الثلاث قبل الطلع والمكاتب يقيمها على الاعاق قبل الكتابة اذ الزوج والمولى يستبدان وتم كذلك لجواز أن لا يكون المشتري مطالعا على العيب فانكر بناء عليه ثبسا أقيمت البينة علم الآن فارد الرد ولا كذلك ههنا لان مبناه ليس على الخفاء لانه ادعى فعل نفسه فان قبل يشك كل بما اذا ادعى رجل على آخر ان له على فلان كذا وان هذا كفي له عنه بامر ففرض القاضي عليه بالبينة بعد ما أنكر فله أن يرجع على المكفول عنه بعدما أدى الى المدعى عندنا خلافا لفرجه انما له مكذب شرعا والتناقض ليس في محل الخفاء فلنا انه أنكر الكفالة دون الامر وهو منفصل عنها فانكارها لا يكون انكار الامر والرجوع باعتباره وقد ثبت بالبينة وقد أدى دينه فاستوجب دينه عليه بخلاف مسئلتنا لان البراءة من كل عيب لا تصح بدون البيع فانكار البيع انكار للبراءة فدعوى البراءة تناقض (قوله ذكر حق) أي كتاب اقرار بدين (قوله ومن قام به هذا الذ كر الحق فهو ولي ما فيه) يعني من أخرج هذا الصلح وطلب ما فيه من الحق فله ولاية ذلك فان قيل لماذا يكتب هذا ولا يصح التوكيل على هذا الوجه لانه توكيل المجهول والمجهول لا يصلح وكذا قلنا الغرض من كتابة هذا السقاط ولاية امتناع المديون عن استماع خصومة الوكيل فان التوكيل بغير رضی الخصم لا يلزم عند أبي حنيفة رحمه الله وعلى تقدير الرضا ههنا يلزم التوكيل بالرضا فان قيل ان هذا رضى بتوكيل المجهول فيكون وجود هذا الرضا وعدمه بمنزلة الاقرار للمجهول فلما انما يصح الرضا بالتوكيل لانه اسقاط حقه فان للمقر أن لا رضى بتوكيل المقر له لما يلحقه من الضرر وقد أسقط حق نفسه واسقاط حقه مع الجهالة جائز بخلاف الاقرار لانه اظهار للاسقاط وقيل هذه المسئلة فرع لهذا الاصل وهو أن هذا الكلام لما كان محتاجا اليه ليكون حجة بان أخرج هذا الصلح فهذا الكلام لم يوجب فصلا بين الاستثناء وصدر الكلام وعندهما حشوا لا يحتاج اليه فكان فصلا بين الاستثناء وصدر الكلام (قوله أو كتب في شراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه) أي لو

مطلقا أو اذالم يكتب في آخره ان شاء الله تعالى والثاني مسلم ولا كلام فيه والاول عين النزاع والاصل في الكلام الاستبداد اذالم يوجد ما يدل على خلافه وقد وجد ذلك وهو العطف ولا ي حنيفة رحمه الله ان السك كشي فبما نحن فيه كشي واحد يحكم العطف فينصرف الى السك كشي قال عبده حروا انه طالق وعليه المشى الى بيت الله ان شاء الله تعالى فانه ينصرف الى الجميع هذا اذا كتب الاستثناء متصلا من غير فرجة يبطل لصير بمنزلة الاتصال في الكلام وأما اذا ترك فرجة قبيل قوله ومن قام بهذا الذ كر فقد قالوا لا يتحقق به وبصير كقاصد السكوت وفائدة كتبه ومن قام بهذا الذ كر في الشرط اثبات الرضا من المقر بتوكيل من يوكله المقر له بالخصومة معه على قول أبي حنيفة فان التوكيل بالخصومة عنده من غير رضا الخصم لا يصح بالضرورة وكونه توكيلا بمجهول ليس بضائر لانه في الاسقاط فان للمقر أن لا يرضى بتوكيل المقر له من يخاصم معه لما يلحقه من زيادة الضرر بتفاوت الناس في الخصومة

فاذا رضى فقد أسقط حقه واسقاط الحق مع الجهالة جائز كما تقدم وقيل هو للاحتراز عن قول ابن أبي ليلى لانه واحد

قال المصنف (وله ان السك الى قوله ان شاء الله) أقول لا يقال كيف خالف أبو حنيفة أصله فان الاستثناء ينصرف الى الجملة الاخيرة على أصله لان ذلك في الاستثناء بالاقول ان شاء الله شرط ساغ اطلاق الاستثناء عليه في عرفهم وليس اياه حقيقة فتأمل والله تعالى أعلم

لا يجوز التوكيل بالخصومة
من غير رضا الخصم الا اذا
رضى بوكالة وكيل مجهول
لا عن مذهب أبي حنيفة فان
الرضا بالوكالة المجهولة عنده
لا يثبت فوجوده كعدمه
(فصل في القضاء بالمواريث)
قد تقدم لنا الكلام فيما
يوجب تأخير هذا الفصل
الى هذا الموضع قال (واذا
مات النصراني فجاءت امرأته
مسلمة الخ) ذكر مسئلتين
بما يتعلق اثباته باستصحاب
الحال وهو الحكم بثبوت امر
في وقت بناء على ثبوته في
وقت آخر وهو على نوعين
أحدهما أن يقال كان
ثابتاً في الماضي فيكون ثابتاً
في الحال كناية الغنود
والثاني أن يقال هو ثابت
في الحال فتحكم بثبوته في
الماضي كسرمان ماء
الطاحونة كما سذكروه
وهو حجة دافعة لا مثبته عندها
كما عرفت في أصول الفقه
فاذا مات النصراني فجاءت
امرأته مسلمة وقالت
أسلمت بعد موته وقالت الورثة
أسلمت قبل موته فالقول
للسورثين وقال زمر القول
قولها لان الاسلام حادث
بالاتفاق والحادث يضاف
الى اقرب الاوقات لذلك
وانما ان سبب الحرمان ثابت
في الحال لا اختلاف الدينين
وكل ما هو ثابت في الحال
يكون ثابتاً فيما مضى
تحكيما للحال أي
(فصل في القضاء بالمواريث)

واحد بحكم العطف فيصرف الى السكك كافي الكافات المعطوفة مثل قوله عبده حر وامرأته طالق وعليه
المشئ الى بيت الله تعالى ان شاء الله تعالى ولو ترك فرجة قالوا لا يلحق به ويصير كفصل السكوت والله أعلم
بالصواب
(فصل في القضاء بالمواريث) قال (واذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته
وقالت الورثة أسلمت قبل موته فالقول قول الورثة) وقال زفر رحمه الله القول قولها لان الاسلام حادث
فيضاف الى اقرب الاوقات لئلا ان سبب الحرمان ثابت في الحال

واحد) انصل به الاستثناء (فينصرف الى السكك) للاتفاق على أن قول القائل عبده حر وامرأته طالق وعليه
المشئ الى بيت الله ان شاء الله يبطل السكك فلا يقع طلاق ولا عتاق ولا يلزم نذر (ولهما أن الاستثناء ينصرف
الى ما يليه لان المذكور للاستيثاق وكذا الاصل في الكلام الاستبعاد) فقام العلم بالخصوص من كتب الصلح دلالة
على قصر انصرافه الى الاخير هذا هو العادة وعليه يحمل الحادث لا على انه قد يكتب للابطال لغرض قد يتفق
وظاهر الوجه من الجانبين أن ان شاء الله أخرى بالاتفاق تجري الاستثناء غير أن أبا حنيفة خالف مقتضاه وهو
انصرف الاستثناء الى ما يليه خاصة بسبب العطف وهما السكك لولا عر وض فهم الغرض من كتبه وهو
بعد اذ لم كان كذلك لم ينص وجوده جل متعددة ببعضها استثناء فيصرف الى الاخير لان وجوده لجل المتعددة
انما يكون بالعطف فاذا كان العطف يصيرها كواحد لزم في كل استثناء متصل بحمل منسوق بعضها على
بعض أن ينصرف الى السكك ويحتمل وجود المسئلة بل الوجه أن ان شاء الله شرط وحكم الشرط اذا تعقب
بجمله منسوق بعضها على بعض أن ينصرف الى السكك ولذلك لم يعقب ولم تطلق ولم يلزم النذر فيما ذكرنا فشي
أبو حنيفة على حكمه وهما أخرجا صورك كتب السكك من عمومهم بعرض اقضى تخصيص الصلح من عموم حكم
الشرط المتعقب بجملة معاطفة وهو ما ذكرناه ولذا كان قولهما استثناء اجماعا على قوله هذا اذا كان ان شاء
الله مكتوباً بامتنع بالكتابة فلو فصل بيباض وهو الفرجة صر كفاصل السكوت فلا يعمل شيئا اتفاقا وقد ورد
أن هذا الكلام يقتضي انه لو لم يكتب ان شاء الله لم يبطل شيء ويلزم صحة الوكالة للمجهول بالخصومة في قوله
ومن قام بهذا الذكروه ولى ما فيه وتوكيل المجهول لا يصح أجيب بان الغرض من الكتابة اثبات رضا المدعي
عليه بتوكيل من بوكالة المدعي فلا يمنع المديون عن سماع خصومة التوكيل بالخصومة متعند أبي حنيفة فان
التوكيل بالخصومة لا يصح الا برضا الخصم عنده ودفع بانه لا يفي على قوله لان هذا يثبت ارضاء بتوكيل وكيل
مجهول والرضا بتوكيل وكيل مجهول باطل فلا يفيد على قوله أيضا وقيل بل فائدة الخبر عن قول ابن أبي
لسلي فانه لا يصح التوكيل بالخصومة بل ارضاء الخصم الا اذا وجد الرضا بتوكيل وكيل مجهول فحينئذ يجوز
لكن ذكر في كتب المذاهب الاربعه أن عند ابن أبي ليلى يجوز التوكيل بالخصومة بغير رضا الخصم مطلقا
(فصل في القضاء بالمواريث) (واذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته) فانما
استحق في ميراثه (وقالت الورثة) بل (أسلمت قبل موته) فلأميراث لك (فالقول قول الورثة) وكان
الاولى أن يقال بدل قوله فالقول قول الورثة لا تصدق الابينة لان العادة ان من كان القول له يكون مع يمينه
ولاحلف عليهم الا ان ادعت أنهم يعلمون كفرها بعد موته فلها أن تخلفهم على العلم (وقال زفر القول قولها لان
الاسلام حادث في الظاهر) (اضافته الى اقرب الاوقات ولئلا ان سبب الحرمان) من الميراث (ثابت في الحال

كتب صلح الشراء وكتب في آخره فسا أدرك فلانا فيه من ذلك فعلى فلان خلاص ذلك فان قبل هذا الكلام
لغولان الخلاص على فلان لانه ضمان الثمن وهو عليه شرط وأول بشرط قلنا يكون اشتراطه توكيداً وفيه
تحرز عن قول ابن أبي ليلى لان عنده لا رجوع بدون الشرط (قوله ولو ترك فرجة) أي بين ذكر الشراء
وذكر الخلاص قالوا لا يلحق به ويصير كفصل السكوت اذا الفرجة في الصكوك كالسكوت في النفاق
والله أعلم *(فصل في القضاء بالمواريث)*

باستصحاب الحال كفي جريان ماء الطاحونة اذا اختلف فيه المعتقدان بعدمضي مدة فانه يحكم الحال فان كان الماء جاريا في الحال كان القول للاجر وهو صاحب الطاحونة وان كان منقطعا كان القول للمستأجر (قوله وهذا) يعني تحكيم الحال أو الحال (ظاهر نعتيه للدفع استحقاقها الميراث) وهو صحيح (وهو) أعني زفر (يعتبره للاستحقاق) وهو ليس بصحيح عندنا وفيه نظر لان زفر لم يجعل استحقاقها الميراث بالحال بل بان الاصل في الحادث الاضافة الى أقرب الاوقات ويجوز أن يجاب بان ذلك أيضا ظاهر والظاهر استصحابا كان أو غيره لا يعتبر للاستحقاق على أنه يستلزم العمل بالاستصحاب كما سيظهر (ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعد موته

(قوله كان القول للاجر وهو صاحب الطاحونة) أقول أن كرسدرا الشر يفتي في شرح الوفاة صحة اطلاق لفظ الاجر على المؤجر فراجعه قال في النهاية ومراج الدراية فان قيل الماء اذا كان جاريا في مسألة الطاحونة يجعل حجة لصاحب الطاحونة فيدفع الاجر فقد عسكنتم بالحال لاثبات استحقاقه الاجر قلنا اتفاقا على سبب الوجوب وهو العقد ولكن اختلفا في التأكيذ والظاهر يصلح حجة للتأكد كيدوفي مسألة الميراث اختلفا في وجود السبب وهو الزوجية مع اتفاقهما أي الزوج والزوج في الدين عند الموت فلا يصلح الظاهر حجة فان قيل يشك في هذا بمسئلة ذكرها في الاصل اذا مات وترك ابنين فقال أحدهما مات أبي مسلما وقد كنت مسلما حال حياته وقال الآخر صدقت وأنا أيضا أسلمت حال حياته وكذبه الابن المتفق على اسلامه (٤٢٦) فالقول قول الابن المتفق على اسلامه لم يجعل الحال حكمة على اسلامه فيما مضى مع قيام

فيثبت فيما مضى تحكما للعمال كفي جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر نعتيه للدفع وما ذكره نعتيه الاستحقاق ولو مات المسلم لم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعد موته

فيثبت فيما مضى تحكما للعمال كفي جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر (هو استصحاب أعني استصحاب الماضي للعمال) نعتيه للدفع وما ذكره) استصحاب هو عكس ذلك لان الاستصحاب يكون من الماضي للحال ومن الحال الى الماضي وليكنه (اعتبره للاستحقاق) وليس حكم الاستصحاب كذلك والمراد بجريان ماء الطاحونة ما اذا اختلف مالكيها مع المستأجر اذا طال به مدة فقال كان الماء منقطعا حكم جريانه في الحال فاذا كان منقطعا في الحال فيعطف على الماضي لدفع استحقاق أجرة الماضي فكذا هذا والتعبير بالاستصحاب أحسن من التعبير بالظاهر فان ما يثبت به الاستحقاق كثير ما يكون ظاهرا كالتحليلات فثبت ما يوجب استحقاقا (ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعد موته

(قوله تحكما للعمال كفي جريان ماء الطاحونة) يعني اذا اختلف الاجر والمستأجر في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه بعدمضي مدة يجعل الحال حكمة حتى لو كان الماء جاريا في الحال كان القول قول الاجر وهو رب الطاحونة ولو كان منقطعا كان القول قول المستأجر (قوله وما ذكره نعتيه للاستحقاق) والظاهر

السبب في الحال وهو البينة قلنا ما ذكرنا من الطريق انما صار اليه اذا اختلفا في الماضي في ثبوت ما هو ثابت في الحال أما اذا اختلفا في الماضي على خلاف ما هو ثابت في الحال غير أنهم اختلفا في مقداره فلا يصار الى تحكيم الحال وان كان السبب قائما لا يرى ان في مسألة الطاحونة اذا اختلفا على الانقطاع في بعض مدة الاجارة بأن قال المستأجر كان الماء منقطعا شهرين وقال الآخر بل انقطع شهرا فالقول للمستأجر مع بينه

منقطعا كان أو جاريا في الحال لانهم اختلفا في جريان مقداره وانقطاع مقداره ذلك غير ثابت للحال وفي مسألة الابنين ومسئلة فالقول الكتاب حاصل الاختلاف واقع في مقدار مدة الاسلام لا في نفس الاسلام والثابت في الحال نفس الاسلام مقدره فها هو المأخذ في المسئلة وذكر الامام الترمذي في مسألة وهي ترد أيضا شبهة على الاصل وهو ان الاستحقاق لا يثبت بالظاهر فقال لو ادعت المرأة أنه أبانها في المرض بعين صار هو فارابه وقالت الورثة في الصحة فالقول قول المرأة لانها أنكرت المانع وهو الطلاق في الصحة يعني الاصل عدم المانع انتهى وفيه تأمل ثم أقول في قوله فان قيل يشك في هذا الى قوله مع قيام السبب في الحال وهو البينة بحث ظاهر اذ يجوز أن يقال السبب هنا البينة مع الاتفاق في الدين عند الموت كافي للزوجية لا البينة فقط (قوله وهذا أي تحكيم الحال الى قوله وفيه نظر لان زفر الخ) أقول فالضمير البارز في نعتيه راجع الى ان ظاهر لا الى الحال كما لا يخفى ٢ (قول المحشي الى تحكيم الحال الى آخر القولة) كذا في نسخة وفي أخرى بدله الى الاشهاد بل يجوز للشاهد أن يشهد بخلاف الشهادة على الشهادة اه قال الفاضل الشهير بخضر شاه عليه رحمة الله كذا في النهاية وليس كما ينبغي بل معنى اثبات الحكم بنفسه أنه يثبت ما وضعه الشارع وحكم يترتب عليه من غير أن يحتاج الى غير من قضاء قاض كالبيع فانه يثبت حكمه أعني المالك بنفسه وكذا الاقرار يفيد ظهور المقر به بنفسه وعلى هذا الخلاف الشهادة اذا تحملها الشاهد فانها لا يثبت الحكم بنفسه بل اذانه الى المجلس القاضي وحكم القاضي بما اوعى من هذا من الظهور وفيه بحث لا يخفى على من له أدنى مسكة فضلا عن هادي الاعلام اه وقيل بمعناه ان حكم البيع لثبوت الملك المشتري في البيع وفي الثمن للبائع يثبت بنفس العقد وكذا في نظائره أما الشهادة فاما لا يثبت حكمه بنفسه بل بقضاء القاضي هذا والظاهر ما في النهاية لما ان الذي يحمله الشاهد هو الشهادة بناء على الكلام النفساني لا المشهود به ولان تقدير الكلام يشهد به كذا لا يخفى

فالتقول قول الورثة أيضا ولا يحكم الحال) لان تحكيمه يؤدي الى جعله حجة للاستحقاق انذى هي محتاجة اليه وهو لا يصلح لذلك وهذا القدر يتم
الدليل وقوله (أما الورثة فهم الدافعون) اشارة الى معنى آخر وهو ان في كل مسألة منها اجمع نوعا الاستصحاب أما في الاولى فلان نصرانية امرأة
النصراني كانت ثابتة فيبماضي ثم جاءت مسلمة وادعت اسلاما حاديا فبالنظر الى ما كانت فيبماضي والاصل فيه أن يبقى هو من النوع الاول
وبالنظر الى ما هو موجود في الحال والاصل فيه ان يكون موجودا فيبماضي هو من النوع الثاني (٤٢٧) فلما اعتبرنا الاول حتى كان القول

قولها كان استصحاب الحال
مشتاوهو باطل فاعتبرنا
الثاني ليكون دافعا فكان
القول قوله وأما الثانية
فلان نصرانية كانت ثابتة
والاسلام حادث فالنظر الى
النصرانية يقتضي بقاءها
الى ما بعد الموت والنظر الى
الاسلام يقتضي أن يكون
ثابتا قبل موته فلما اعتبرناه
لزم أن يكون الحال مشتا
وهو لا يصلح فاعتبرنا الاول
ليكون دافعا والورثة هم
الدافعون فيشيدهم الاستدلال
به وقوله (ويشهد لهم)
دليل آخر وهو أن الاسلام
حادث والحادث يضاف الى
أقرب الاوقات فان قيل ان
كان فظاهر الحدوث معتبرا
في الدلالة كان فظاهر زفر في
المسئلة الاولى معارضا
للاستصحاب ويحتاج الى
شرح والاصل عدمه فالجواب
أنه معتبر في الدفع لاني
الاثبات وزفر يعتبره
للاثبات ونقض ينقض
اجالي وهو أن ما ذكرتم
على أن الاستصحاب لا يصلح
للاثبات لو كان صحيحا
بجميع مقدماته فمأضي
بالاخر على المستأجر اذا كان

فالتقول قولهم أيضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة اليه أما الورثة فهم الدافعون
ويشهد لهم فظاهر الحدوث أيضا قال (ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم ودبعة فقال المستودع
هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه يدفع المال اليه)

فالتقول قولهم أيضا ولا يحكم الحال) هنا لان الاستصحاب للاستحقاق وهي محتاجة اليه أما الورثة فهم الدافعون
والاستصحاب يكتفي لهم في ذلك وهو استصحاب ما في الماضي من كفرها الى ما بعد موته فالمسئلة ثلثان مبنيان على
أصل واحد وهو أن الاستصحاب اعتبر فيه ما للدفع للاستحقاق فان قيل اعتبار الحال في ماء الطاحونة شاهدا
لماضي عمل بالثبات الاستحقاق بالاستصحاب فان به يستحق مال كبرها في الماضي اذا كان جاريا أجيب بان هناك
اتفاقا على وجود سبب الوجوب وهو العقد ولكن اختلفا في التأكيد والظاهر يصلح حجة لنا كيد وفي مسألة
الميراث نفس السبب مختلف فيه وهو الزوجية مع اتفاق الزوجين في الدين عند الموت واستشكال بما ذكر محمد
في الاصل اذا مات وترك ابنتين فقال أحدهما مات أبني مسلما وقد كنت مسلما حال حياته وقال الآخر صدقت
وأنا أيضا سلمت حال حياته وكذبه الابن المتفق على اسلامه وقال بل أسلمت بعد موته فالتقول لاني المتفق على
اسلامه ولم يجعل الحال حكما على اسلامه فيبماضي مع قيام السبب في الحال وهو البتة أجيب بانه انما
يصار لما ذكر من الطريق اذا اختلفا في تمام الماضي في ثبوت ما هو ثابت للحال وأما اذا اختلفا في مقدار
منه فلا يصار الى تحكيم الحال وان كان السبب قائما حتى ان في مسألة الطاحونة اذا اختلفا على الانقطاع
في بعض مدة الاجارة بان قال المستأجر كان الماء منقطعا شهرين وقال الآخر شهرا فالتقول للمستهاجر مع
منقطعا كان الماء أو جاريا في الحال لانهم اختلفا في جريان مقدار وهو غير ثابت للحال وفي مسألة الابنتين
ومسئلة السكك اختلفا واقع في مقدار مدة الاسلام لاني نفس الاسلام كان أولم يكن والثبات في الحال
نفس الاسلام لا اسلام مقدر فهذا هو المأخذ في المسئلة وذكر الامام الثماني مسألة وهي ترد أيضا شبهة على
الاصل أعني كون الاستحقاق لا يثبت بالظاهر وهو لو ادعت المرأة أنه أبانها في المرض فصار فارافا ثارت
وقالت الورثة بل في الصحة فالتقول قولها لانها ذكرت المانع من الارث وهو الطلاق في الصحة يعني الاصل
عدم المانع (قوله ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم) مثلا (ودبعة فأفر المستودع انه ابن الميت

يصلح للدفع للاستحقاق (قوله فالتقول قولهم أيضا ولا يحكم الحال) فالجواب أن المرأة تمسك في هذه المسئلة
بما تمسك به الورثة في المسئلة الاولى والورثة في هذه المسئلة يتمسكون بما تمسك به المرأة في المسئلة
الاولى غير انما في المسئلةين يتمسك بالظاهر لا بآثار الاستحقاق والظاهر يكتفي للدفع الاستحقاق لا بآثاره
والورثة هم الدافعون جميعا في المسئلةين فان قيل الماء اذا كان جاريا في مسألة الطاحونة يجعل الماء حجة
لصاحب الطاحونة حتى يقتضي بالآخر على المستأجر فقد تمسك بالحال لا بآثار الاستحقاق الآخر قلنا نعم اتفاقا
على سبب الوجوب وهو العقد واختلفا في التأكيد والظاهر يصلح حجة لنا كيد ولبقاء ما كان وفي مسألة
الميراث اختلفا في وجود السبب وهو الزوجية مع اتفاقهما في الدين عند الموت فلا يصلح الظاهر حجة يؤيده
ما ذكر في البسوط انه لو لم تنقض اجارة حتى عاد الماء لزمته الاجارة فيما بقي من الشهر وان كان يوما واحدا

ماء الطاحونة جاريا عند الاختلاف لانه استدلال به لا بآثاره فالجواب انه استدلال بالدفع ما يدعي المستأجر على الآخر من ثبوت العيب الموجب
لسقوط الاجر وأما ثبوت الاجر فانه بالعقد السابق الموجب له فيكون دافعا لأمو جبا واعتبر هذا ما سنغن عما في النهاية من التطويل قال (ومن
مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم ودبعة الخ) رجل مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم ودبعة فأفر المستودع لرجل أنه ابن الميت
لا وارث له غيره يقتضي الحاكم عليه بدفعه الى المقر له

لانه أقر أن مافي يده حق الوارث وملكيه خلافة ومن أقر ملك شخص عنده وجب دفعه اليه كما إذا أقر أنه حق المورث وهو حى أصالة بخلاف ما إذا أقر لرجل أنه وكيل المودع بالقبض أو أنه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع لانه أقر بقيام حق المودع لكونه حيا فيكون اقرارا على مال الغير ولعائلى أن يقول كان الواجب في المسئلة الاولى أن لا يؤمر بالدفع لجواز قيام حق الميت في المال باعتبار ما وجب قيامه فيه لحاجته اليه كالدين وغيره فان خلافة الوارث (٤٣٨) متأخرة عن ذلك والجواب ان استحقاق الوارث ثبت باقراره بيقين وما وجب قيام

لانه أقر أن مافي يده حق الوارث خلافة فصار كما إذا أقر أنه حق المورث وهو حى أصالة بخلاف ما إذا أقر لرجل أنه وكيل المودع بالقبض أو أنه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع اليه لانه أقر بقيام حق المودع اذ هو حى فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك بعدم موته بخلاف المديون اذا أقر بتوكيل غيره بالقبض لان الديون تقضى بامثالها فيكون اقرارا على نفسه

لا وارث له غيره) فان القاضى يقضى عليه بالدفع اليه (لانه أقر أن مافي يده حق الوارث) ملكه (خلافة فهو كما إذا أقر أنه حق المورث وهو حى أصالة بخلاف ما إذا أقر) المودع (لرجل أنه وكيل المودع بالقبض) أى بقبض الوديعة (أو أنه اشتراه) أى اشترى الوديعة التى في يده من المودع (حيث لا يؤمر بالدفع اليه لانه أقر بقيام حق المودع) وملكيه في الوديعة الا أن (اذ هو حى فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك بعدم موته) لزوال ملكه فانه أقر له بملكه مافي يده من غير ثبوت ملكه ماله معين فيه للعمال وفي فصل الشراء وان كان قد أقر بزوال ملك المودع لكن لا ينفذ في حق غيره أعنى المالك لانه لا يملك ابطال ملكه باقراره فصار كالقرار بالوكالة بقبض الوديعة ثم لودفع الى الذى اعترف له بالوكالة بقبض الوديعة هل له أن يستردها قبل لانه بصير ساعيا في نقض ما تم من جهته ما تم به وقال ظهير الدين كان والذى يتردد في جواب هذه المسئلة ولولم يدفع الوديعة للذى أقر له بالوكالة حتى هلك قبل يضمنها لانه منعها من وكيل المودع في زعمه فهو كالممنوعها من نفس المودع وقبل لانه لم يجب عليه الدفع (بخلاف المديون اذا أقر لرجل أنه وكيل الدائن بقبض ماله عليه) فانه يؤمر بالدفع اليه لانه غير مقر على مال غيره (اذا الديون تقضى بامثالها) والمثل ملك المقر (فانما أقر على نفسه) حتى يرجع عليه الدائن اذا

حق الميت في المال متوهم فلا يؤخر اليقين به فاذا امتنع في الوديعة حتى هلك هل يضمن أولا قبل يضمن وقيل لا يضمن وكان ينبغي أن يضمن لان المنع من وكيل المودع في زعمه كالتنع من المودع وفي المنع عنه يضمن فكذلك من وكيله وان سلمها هل له أن يستردها قبل لانه لا يملك ذلك لانه بصير ساعيا في نقض ما تم من جهته بخلاف المديون اذا أقر بتوكيل غيره بالقبض حيث يؤمر بالدفع لانه ليس فيه اقرار على الغير بل الاقرار فيه على نفسه لان الديون تقضى بامثالها ولو أقر المودع بعد اقرار الاول لرجل آخر بانه أيضا ابن الميت وأذكره الاول بان قال ليس له ابن غيرى قضى بالمال للاول لانه لما صح اقراره للاول في وقت لا يضرهم له انقطع يده عن المال فالقرار الثانى يكون اقرارا على الاول فلا يصح كما اذا كان الاول ابنا معروفا ولانه حين أقر للاول لم يكذبه أحد فصح اقراره وحين أقر للثانى كذبه الاول فلا يصح

فلم يكن له أن ينقضها بزوال العذر ويمكنه من الانتفاع فيما بقي من المدة علم انهما اتفقا على السبب الموجب في الحال فان قيل هذا يشكل بمسئلة ذكرها محمد رحمه الله في الاصل اذ مات الرجل وترك ابنين فقال أحد الابنين مات أى مسلما وقد كنت مسلما حال حياته وقال الآخر صدقت وكنت أيضا مسلما أسلمت حال حياته وكذب الابن المتفق على اسلامه وقال انما أسلمت بعد موت الاب فالتقول قول الابن المتفق على اسلامه ولم يجعل الحال حكما على اسلام الابن المختلف في اسلامه فيهما مضى مع قيام السبب في الحال وهو البنوة قلنا ما ذكرنا من الطريق انما يصار اليه اذا اختلفا في الماضى في ثبوت ما هو ثابت للحال اما اذا اتفقا في الماضى على خلاف ما هو ثابت في الحال غير انهما اختلفا في مقداره فلا يصار الى تحكيم الحال وان كان السبب قائما لا ترى في مسئلة الطاحونة اذا اتفقا على الانقطاع في بعض مدة الاجارة بان قال المستأجر كان الماء منقطعاً شهرين وقال صاحب الطاحونة لا بل انقطع الماء شهرين فالقول قول المستأجر مع يمينه منقطعاً كان الماء أوجار يافى الحال لانهما اختلفا في جريان مقداره وانقطاع مقداره وذلك غير ثابت للحال فكذلك الاختلاف هنا في مقدار مدة الاسلام لا في نفس الاسلام انه كان أولم يكن والثابت في الحال نفس الاسلام لا الاسلام المقدر فهذا هو المأخذ في المسئلة (قوله حيث لا يؤمر بالدفع اليه) لان صاحب اليد مقر بانه ملك الغائب وهو حى ويده في الوديعة يد الغائب فلا يملك ابطال يده وملكيه باقراره وفي تصحيح اقراره تنفيذ اقراره في ملك الغير بزعمه وهذا زعم ان الميت لم يبق ماله وان المالك هو الوارث فلم يكن في تصحيح اقراره تنفيذ اقراره في ملك الغير فلو دفع هل له أن

واعترض بان تكذيب غيره ينبغي أن لا يؤثر في اقراره فيجب عليه ضمان نصف ما أدى للاول وأجابوا بالتزام ذلك اذ دفع فيؤمر الجميع بلا قضاء كالذى أقر بتسليم الوديعة من القاضى بعدما أقر غير من أقر له القاضى وقد تقدم في أدب القاضى وأما اذا كان اقراره بقضاء كان في الاقرار الثانى مكذبا شرعا فلا يلزمه الاقرار به

(قوله كان في الاقرار الثانى مكذبا شرعا الخ) أقول وأما في المسئلة المتقدمة فلم يكن مكذبا شرعا في قوله تسلمتها من القاضى اذ لا ممانعة بين تسلمتها منه وكوهم ان أقر له فأنهم

فيؤمر بالدفع اليه (فلو قال المودع لا خرو هذا ابنه أيضا وقال الاول ليس له ابن غسيري قضى بالمال للاول)
لانه لما صح اقراره للاول انقطع يده عن المال فيكون هذا اقرارا على الاول فلا يصح اقراره للثاني كما اذا
كان الاول ابنا معروفا ولا نه حين اقر للاول لا مكذبه فصح وحين اقر للثاني له مكذب فلم يصح

لم يعترف بالوكالة اذا قدم (فيؤمر بالدفع ولو قال المودع لا خرو هذا ابنه أيضا وانكر الابن الاول قضى بالمال
للالول) وحده لانه لما صح اقراره للاول على ذلك الوجه (انقطع يده عن المال فيكون اقرارا على) الغير
وهو الابن (الاول فلا يصح كالمالك كان الاول ابنا معروفا ولا نه حين اقر للاول لا مكذبه فصح وحين اقر للثاني له
مكذب) وهو الاول (فلا يصح) وهل يضمن للابن الثاني شيئا قال في غاية البيان انه لا يغرم المودع للابن الثاني
شيئا باقراره لان استحقاقه لم يثبت فريحقق التلف وهذا لانه لا يلزم من مجرد ثبوت البنوة ثبوت الارث فلا
يكون الاقرار بالبنوة اقرارا بالمال وفي الدراية والنهاية وغيرهما يضمن المودع نصف ما أدى للابن الثاني الذي
أقر له اذا دفع الوديعة بغير قضاء القاضي وبه قال الشافعي في قول وأحمد في قول وفي قول لا يضمن لان اقراره
للالول صادق ملك الغير فلا يلزم منه شيء وقال في النهاية فان قيل كان ينبغي أن يضمن المودع للابن الثاني
الذي أقر له انه ابن الميت كالمالك بدأ المودع بالاقرار لغير القاضي المزول بالوديعة ثم أقر به تسليم القاضي اليه وقد
ذكر في أدب القاضي من الكتاب انه يضمن القاضي قيمته قلنا هنا أيضا يضمن اذا دفع الوديعة الى الابن الاول
بغير قضاء القاضي نصف ما أدى الى الاول انتهى وهذا هو الصواب واختلاف في اللفظة اذا أقر المنتقط بها
لرجل هل يؤمر بالدفع اليه مذكور في اللفظة وفي الجامع الصغير لو ادعى الوصاية وصدقه مودع الميت أو
الغائب منه لا يؤمر بالدفع هذا كله في الابن فلو اقر المودع لرجل انه أخو الميت شقيقه وأنه لا وارث له غير وهو
يدعيه أولان ادعى وصية بألف مثلا انه صادق فالقاضي يتأني في ذلك لان استحقاق الاخ بشرط عدم الابن
بجلا في الابن لانه وارث على كل حال غير أنه احتمل مشاركة غيره وهو موهوم والبنيت كالابن وفي الوصية هو
مقرر على الغير لانه أقر انه ليس بخلف عن الميت واذا تأني ان حضر وارث آخر دفع المال اليه لانه خلف عن
الميت وكان القول قوله في الوصية وان لم يحضر وارث آخر أعطى كل مدع ما أقر به لكن بكفيل نقضه وان
لم يجد كفيل أعطاه المال وضمنه ان كان نقضه حتى لا يملك أمانته وان كان غير نقضه تلوم القاضي حتى يظهر انه
لا وارث للميت أو أكبر رأيه بذلك ثم يعطيه المال ويضمنه ولم يقدر مسددة التلوم بشيء بل موكول الى رأى
القاضي وهذا أشبه بأبي حنيفة وعندهم مقتدر بحول هكذا حتى الخلاف في الخلاصة عن الاضحية قال وعن
أبي يوسف مقتدر بشهر هذا اذا قال ذوالبدا وارث له غيره فان قال له وارث ولا أدري أمأت أم لا يدفع الى أحد
منهم شيئا قبل التلوم ولا بعده حتى يقيم المدعي بينة تقول لا نعلم له وارثا غيره وكل من رث في حال دون حال
كالاخ والاب والام والبنيت كالابن ولو ادعى انه أخو الغائب وأنه مات وهو وارثه لا وارث له غيره أو ادعى انه
ابنه أو بوه أو مولاه أو عتقه أو كانت امرأة وادعت أنها عمة الميت أو خالته أو بنت أخيه وقال لا وارث له غيري
وادعى آخرا نه زوج أو زوجة للميت أو ان الميت أو مولى له بجميع ماله أو ثلثه وصدقهما ذوالبدا وقال
رى لا أد للميت وارثا غيرهما أو لا لم يكن المدعي الوصية شي هذا الاقرار ويدفع القاضي الى الاب والام والاخ
ومولى العتاق أو العمة أو الخالة أو بنت الاخ اذا انفرد أما عند الاجتماع فلا تراحم مدعي البنوة مدعي
الاخوة لكن مدعي هذه الاشياء اذا راجع مدعي الزوجية أو الوصية بالكل أو الثلث مستدلا باقرار ذي البد
مدعي الاخوة أو البنوة أولى بعد ما يستخلف الابن ما هذه زوجة الميت أو موصى له هذا اذا لم تكن بينة على

يسترده قال شيخ الاسلام علاء الدين رحمه الله ليس له أن يسترده لانه ساع في نقض ما أوجبه وروى عن طهبر
الدين المرعيني رحمه الله انه ترد في ذلك ولو لم يدفع حتى هلك في يده قبل لا يضمن وكان ينبغي أن يضمن لان
المنع من وكيل المودع في زعمه بمنزلة المنع من المودع والمنع من المودع يوجب الضمان فكذا من وكيله (قوله)
وقال الاول ليس له ابن غسيري قضى بالمال للاول) وهل يضمن للثاني اذا دفع الى الاول بغير قضاء يضمن

لهما ان القاضى ناظر الغيب ولا نظر بترك الاحتياط في أخذ الكفيل فيحتمل القاضى باخذه كما اذا دفع القاضى العبد الآبق والقطعة الى رجل أثبت عنده أنه صاحبه فانه ياخذ منه كفيلة وكلوا على نفقة امرأة الغائب اذا استنفقت في غيبته وله عند انسان وديعة يقر بها المودع وقيام النكاح فانه يفرض لها النفقة وياخذ منها كفيلة ولا يبي حنيفة ان حق الحاضر ثابت قطعا ان لم يكن له وارث آخريهين أو ظاهرا ان كان له وارث آخر في الواقع لم يظهر عند الحاكم فانه ليس بمكلف باظهاره بل بما ظهر عنده من الحجّة فكان العمل بالظاهر واجبا عليه والثابت قطعا أو ظاهرا لا يؤخر لوهوم كمن أثبت الشراء (٤٣١) من ذى اليد أو أثبت الدين على العبد حتى يبيع فيه فانه يدفع

المبيع الى المشتري والدين الى المدعى من غير كفيل وان كان حضور مشترا آخر قبله وغريم آخر في حق العبد متوهم فاسفلا يؤخر حتى الحاضر لحق موهوم الى زمان التكفيل (قوله) ولان المكفول له دليل آخر على عدم جواز أخذ الكفيل وذلك لما تقدم أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة وههنا المكفول له مجهول فلا يصح كلكه لاجد الغرما فان قيل اذا أقربه ذواليد يؤخذ منه كفيل بالاتفاق كما تقدم وذلك كغالة مجهول أحجب بانه اذا أقربه لم يبق له فيه ملك ولم يثبت لاهله بحجة كاملة فكان مظنة ان غمة مالكا لا يملكه وأقل ذلك يثبت المال وهو معلوم فكان التكفيل له ونقل التبر ناشى فيه خلافا فان ثبت فلا إشكال لا يقال الحاكم يأخذ الكفيل لنفسه لانه ليس خصم ولا للميت لان الكفالة لتوثيق المطالبة كما مر

لهما أن القاضى ناظر للغيب والظاهر ان في التركة وارثا غائبا أو غيرهما غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتمل بالكفالة كما اذا دفع الآبق والقطعة الى صاحبه وأعطى امرأة الغائب النفقة من ماله ولا يبي حنيفة رحمه الله ان حق الحاضر ثابت قطعا أو ظاهرا فلا يؤخر حتى موهوم الى زمان التكفيل كمن أثبت الشراء من يديه أو أثبت الدين على العبد حتى يبيع في دينه لا يكفل ولان المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل لاحد الغرما بالبيعة (لهما أن القاضى ناظر للغيب) أى مامور بالنظر لهم (والظاهر ان في التركة وارثا غائبا أو غيرهما غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتمل بالكفالة كما اذا دفع) القاضى (الآبق والقطعة الى) الذى أثبت عنده انه (صاحبه) أخذ كفيلة للمعنى الذى ذكرنا وهو ان القاضى مامور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه (و) كذا اذا (أعطى امرأة الغائب) يعنى اذا كانت تستنفق أى تطالب (النفقة) وزوجها غائب وله في يد رجل وديعة وهو مقر بالزوجية ولو دية فالقاضى يعطيه (من ماله) وياخذ كفيلة (ولا يبي حنيفة رحمه الله ان الحق ثابت قطعا) أى فيما اذا كان الوارث الاخر معدوما (أو ظاهرا) فيما اذا كان موجودا والقاضى لم يكلف باظهاره على وجهه بوجوب حق الحاضر بل هو مكلف بالعمل بما ظهر عنده (فلا يؤخر) الى زمان التكفيل (لحق موهوم) أى لو لم يجد كفيلة كان يمنع حقه هذا ظلما وصار (كمن أثبت الشراء من يديه) لا يؤخذ كفيل من المشتري بعدما أثبت شراءه بالحجة (و) لا يؤخذ الكفيل من رب الدين (الذى أثبت دينه على العبد) بالبيعة (حتى يبيع) العبد (لاحل دينه) وان كان يتوهم حضور مشترا آخر قبله وغريم آخر للعبد (ولان المكفول له مجهول فهو كلكه لاجد الغرما

أبو حنيفة رضى الله عنه لا وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله يأخذ ثم لا يدفع الى الوارث الذى حضر جميع المال بعد التلوم اذا كان هذا الوارث من لا يجب بغيره كالأب والابن اما اذا كان من يجب بغيره كالجد والاخ والعم لا يدفع المال اليه ما لم تقيم البيعة على عدد الوارثة أو يشهدوا انهم لا يعلمون له وارثا غيره وقال الامام الترمذى رحمه الله ولو قال المودع لرجل هو ابن الميت ولم يزد عليه فالقاضى يتأنى في ذلك زمانا على حسب ما يرى ذكر بكر رحمه الله أن في كل موضع ذكر يتلوم القاضى يكون ذلك فموضالى القاضى وقد راجع الطحاوى رحمه الله مدة التلوم بالحول فان لم يظهر وارث آخر يدفع المال وياخذ كفيلة لاحتمال أن يظهر وارث آخر قيل هذا قولهما وعند أبي حنيفة رحمه الله لا ياخذ وقيل ياخذ عند السكك لان الثابت بالاقراء دون الثابت بالبيعة كذا في النهاية (قوله) وأعطى امرأة الغائب النفقة من ماله (وهى امرأة تستنفق وزوجها غائب وله عند رجل وديعة والمودع مقر بالوديعة والزوجية فالقاضى يفرض لها النفقة وياخذ منها كفيلة (قوله) ان حق الحاضر ثابت قطعا) أى فيما اذا لم يكن وارث آخر أو ظاهرا أى فيما اذا كان وارث آخر لكن القاضى مكلف بما ظهر عنده من الحجّة وقد ظهر كونه وارثا والعمل بالظاهر واجب عليه فلا يؤخر حقه لحق موهوم الى زمان التكفيل أو آيت لم يجد كفيلة كان يمنع حقه (قوله) كمن أثبت الشراء الى قوله لا يكفل أى لا يؤخذ الكفيل من المشتري الذى أثبت شراءه بالحجة ولا يؤخذ الكفيل من رب الدين الذى أثبت دينه على

وهى من الميت غير متصور وعرض بان القاضى يتلوم في هذه الصورة بالاجماع على ما يراه وفي ذلك تأخير لحق ثابت قطعا أو ظاهرا كما ذكرتم لحق موهوم فدل على أن التأخير جائز وأجيب بان التلوم ليس للحق الموهوم بل انما هو أمر يفعله القاضى لنفسه احتياطا في طلب وياخذ كفيلة لاحتمال أن يظهر وارث آخر هذا قولهما وعند أبي حنيفة لا ياخذ وقيل ياخذ عند السكك لان الثابت بالاقراء دون الثابت بالبيعة اهـ (قوله) أحجب بانه اذا أقربه الخ) أقول ان الجواب في مسألة الآبق والقطعة ثم الكفالة تكون بالدين الصحيح (قوله) وعرض بان القاضى الخ) أقول ويمكن توجيهه نقضا كما لا يخفى (قوله) وأجيب بان التلوم ليس للحق الموهوم) أقول ألا ترى أن الوهم موجود وان قال

زيادة ما يدل على نفي شريك المعاصر في الاستحقاق بحيث يقوم مقام قول الشهود لا وارث له غيره في الدلالة على ذلك فان هذه الزيادة من الشهود ليست بشهادة على النفي باطلا بل خبر يستأنس به على نفي الشريك والتلوم من القاضي يقوم مقامه في افادة ذلك في حقه وليس ثمة طلب شيء زائد من المستحق بخلاف طلب الكفالة وقوله (بخلاف النفقة) جواب عما استشهد به من المسائل اما مسألة النفقة فلان التكفيل فيها حق ثابت وهو ما يأخذ به الحاكم من المال من مودع الزوج والمكفول له وهو الزوج معلوم أيضا فصحت الكفالة (وأما الآتي واللقطة ففي كل واحد (٤٣٢) منها روايتان) قال في رواية لا أحب أن يأخذ منه كفيل وقال في رواية أحب أن يأخذ

منه كفيل قالوا في شرح الجامع الصغير والصحيح أن الرواية الأولى قول أبي حنيفة فلا يصح القياس حينئذ وقال العتبي إن دفع العبد باقراره إلى المدعي واللقطة باخبار المدعي عن علامة فيه يكفل بالاجماع) قال المصنف (لان الحق غير ثابت) ولهذا كان له أن يمنع (قوله وقوله) أي قول أبي حنيفة (ظلم أي ميل عن سواء السبيل) ان ذكره تمهيد المذكرة بقوله (وهذا) أي اطلاق الظلم على المجتهد فيه (يكشف عن مذهب أبي حنيفة رحمه الله أن المجتهد يخطئ ويصيب) ويقرر أن مذهب أصحابنا المتقدمين برأى عن مذهب أهل الاعتزال في أن كل مجتهد مصيب وادعائهم أن ذلك مذهب أبي حنيفة وأصحابه ورحمهم الله وقد قررنا ذلك في التقرير بعون الله تعالى مستوفى قال (وأذا كانت الدار في يد رجل الخ) دار في يد رجل أقام آخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه فلان الغائب قضى له

بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت وهو معلوم وأما الآتي واللقطة ففيه روايتان والاصح أنه على الخلاف وقيل ان دفع العلامة للقطعة أو اقرار العبد يكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له أن يمنع (مع العلامة واقراء العبد بالاقبال يقال يأخذ الكفيل لنفسه صيانة لقضائه عن النقص لانه ليس بخصم ولا يقال يأخذ الامت لان خفي في تسليمه الى وارثه وقد أثبت ورثته فلامعنى للاشغال بأخذ الكفيل فان قيل القاضي يتلوم في هذه الصورة بالاجماع ذكره في الاسرار وكذا ذكر الصدر الشهيد والتلوم انما هو وارث أو غريم آخر وبعد التلوم ما تنقعت الشبهة فينبغي أن يأخذ الكفيل لبقاء الشبهة ويدفع الى الحاضر لقيام المحجة لان المحجة لا تجتمع على الشبهة فظهر نار بخانها في الدفع اليه فيجب أن يظهر قيام الشبهة في حق الكفيل علا بالجتهتين أجيب بان العمل يجب بالحجة بعد قيامها بالشبهة وليس التكفيل كالتلوم لان التلوم لطلب علم زائد له ليم علمه بالقدر الممكن فان التلوم يقوم مقام قول الشهود لا وارث له غيره فان هذا ليس بشهادة منها على النفي بل هو خبر يؤكده انتفاء غيره أما الكفالة فطلب أمر زائد من المستحق فلا يجوز الابتوجسه حق عليه ولا يتوجه بالموهوم قال المصنف (وقوله ظلم) أي قول أبي حنيفة (يكشف عن مذهبه أن المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض) أنه قائل بان كل مجتهد مصيب كقول المعتزلة جرهم الى هذا القول بوجوب الاصلح فكان صيانه المجتهدين عن الخطأ وتقريرهم على الصواب واجبا وسبب نسبة هذا القول الى أبي حنيفة ما روى عنه أنه قال لبوسف بن خالد السمتي كل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد ولو حل على ظاهره لكان متناقضا لقوله والحق عند الله واحد فبعد أنه ليس كل مجتهد مصيب والاصح أن الحق متعدد فالزم ان معنى قوله كل مجتهد مصيب أي يصيب حكم الله تعالى بالاجتهاد فانه تعالى أو جب الاجتهاد على المتأهل له فاذا اجتهد فقد أصاب بسبب قيامه بالواجب وقال محمد بن داود لا نألف الفرق القاضي بينهما فقد أخطأ السنة (قوله وإذا كانت الدار في يد رجل وأقام آخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه فلان الغائب قضى له

منه كفيل قالوا في شرح الجامع الصغير والصحيح أن الرواية الأولى قول أبي حنيفة فلا يصح القياس حينئذ وقال العتبي إن دفع العبد باقراره إلى المدعي واللقطة باخبار المدعي عن علامة فيه يكفل بالاجماع) قال المصنف (لان الحق غير ثابت) ولهذا كان له أن يمنع (قوله وقوله) أي قول أبي حنيفة (ظلم أي ميل عن سواء السبيل) ان ذكره تمهيد المذكرة بقوله (وهذا) أي اطلاق الظلم على المجتهد فيه (يكشف عن مذهب أبي حنيفة رحمه الله أن المجتهد يخطئ ويصيب) ويقرر أن مذهب أصحابنا المتقدمين برأى عن مذهب أهل الاعتزال في أن كل مجتهد مصيب وادعائهم أن ذلك مذهب أبي حنيفة وأصحابه ورحمهم الله وقد قررنا ذلك في التقرير بعون الله تعالى مستوفى قال (وأذا كانت الدار في يد رجل الخ) دار في يد رجل أقام آخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه فلان الغائب قضى له

فلان الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يد ذي اليد ولا يؤخذ من ذي اليد كفيل وهذا بالانصف أي ترك النصف الآخر في يد من في يده عند أبي حنيفة رحمه الله وأما عدم الاستيثاق بالكفيل ههنا فبالاجماع وقال من في يده الدار ان كان جاحدا أخذ منه النصف الآخر وجعل في يده أمين والآخر في يد لان الجاحد خان والآخر لا يترك مال الغير في يده والمقر أمين فيجوز أن يترك المال بيده ولا يخطئ في حقه أن القضاء وقع له حيث قصودا تقضى منه ديونه وتغذ وصاياه ومن وقع له القضاء به تبرع في المقتضى بيده كونه مختار له وهو الشهود لا نعزل له وارثا آخر

نابت فيما نحن فيه فلا تنقض بيده يد من هو غير مختاره وانما قال واحتمال كونه لان كون المال بيده هو بيده باختیار المبت ليس بقطعي واحتمال ذلك يفيد المطلوب فاكتفي به كما اذا كان من بيده مقرافاته انما يترك الباقي بيده كذلك (قوله ووجوده) جواب عما ذكرناه ووجهه أن الحيانة بالجود اما أن تكون باعتبار ما مضى أو ماسي أو الاول فدارت بقضاءه (١٣٣) القاضي فكذلك لزمه والثاني ظاهر العدم لان الحادث لما

صارت معلومة للقاضي وان بيده ذلك وكنت في الخريطة الظاهر أن لا يجحد في المستقبل لعله بعدم القادة لا يقال موت القاضي والشهود ونسبهم سما للحادثة واحتراق الخريطة أمور محتملة فكان الجود محتملا لان ذلك نادر والنادر لاحتماله (ولو كانت الدعوى في منقول) والمصلحة بحالها (فقد قيل ينزع من يد) النصف الآخر (بالاتفاق) والفرق بينه وبين العقار أن المنقول يحتاج فيه الى الحفظ وما يحتاج فيه الى الحفظ فالنزاع أبلغ فيه أما أنه يحتاج فيه الى الحفظ فلاه ليس بمحقق بنفسه لقبول الانتقال من محل الى محل وأما أن النزاع أبلغ فيه فلاه النزاع أبلغ في الحفظ لانه لما جحد من بيده بما يتصرف لحياته أوله أنه ملكه واذا تزعمه الحاكم ووضعه في يد أمين كان هو عدلا ظاهرا فكان المالك به مغرورا بخلاف العقار فانها محصنة بنفسها ولهذا علك الوصي يبيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار قال المصنف (والظاهر عدم الجود في المستقبل لصيرورة

بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يده ولا يستوثق منه بكفيل وهذا عند أبي حنيفة وقالان كان الذي هي في يده جاحدا أخذ منه وجعل في يد أمين وان لم يجحد ترك في يده) لهما ان الجاحدين فلا يترك المال في يده بخلاف المقر لانه أمين وله أن القضاء وقع للميت مقصودا واحتمال كونه مختارا لميت نابت فلا تنقض بيده كما اذا كان مقر ووجوده قد ارتفع بقضاء القاضي والظاهر عدم الجود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لانه يحتاج فيه الى الحفظ والنزع أبلغ فيه بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها ولهذا علك الوصي يبيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار

بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يده) الى أن يحضر الغائب (ولا يستوثق منه بكفيل وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقالان كان الذي هي في يده) قد (جحد) فاقبعت عليه البيعة (أخذ منه) النصف (فوضعه على يد أمين وان لم يكن جحد ترك في يده لهما ان الجاحدين) ظهرت خيانتها بالجحد (فلا يترك في يده) اقرب أن يتصرف فيه مالا لا اعتقاده أنهم املكه وان البيعة كذبة أو للحيانة (بخلاف ما لو أقر) أنهم املك الميت مودع عنده فانه لم تظهر منه خيانة وقد رضيه الميت فكان أولى بحفظها (ولا يبي حنيفة أن القضاء) انما (يقع) أولا (للميت مقصودا) لانه بعد ثبوت انه ماله حينئذ تنقض ديونه ويقسم المال (وكونه مختارا لميت نابت) مع جحد (فلا تنقض بيده) كما مقر ووجوده قد ارتفع بقضاء القاضي (بها للميت) والظاهر عدم جود بعد ذلك لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي وموت القاضي وعزله قبل أن يصل الغائب وكذا احتراق المحضر والثالث نادر لا يوجب اختلاف الحكم لندرته (فلو كانت الدعوى في منقول) وأنكره الباقي بحاله (فقد قيل يؤخذ منه) النصف (بالاتفاق لانه يحتاج الى الحفظ والنزع أبلغ في الحفظ) من ترك في يده اذ بما يتصرف فيه متاؤلا كما ذكرنا وخيانتها بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها ولهذا) أي ولاجل أن المنقول يحتاج الى الحفظ دون العقار والنزع أبلغ في حفظه من تركه (علك الوصي يبيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار

ضرورة أن يقال كل مجتهد مصيب ونسبوا هذا القول الى أبي حنيفة رحمه الله واليه أشار بقوله لا كما ظنه البعض وانما وقعوا في هذا الغل بسبب ما نقل عن أبي حنيفة رحمه الله انه قال ليوسف بن خالد الشامي وكل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد قلنا معنى هذا الكلام انه مصيب في حق عمله حتى ان عمله به يقع صحيحا شرعا وان كان مخطئا للحق عند الله تعالى (قوله وله أن القضاء وقع للميت مقصودا) لان الوارث قال هذا ميراث ولا راث الا بثبوت الملك للمورث ولهذا يقدم ديونه على الميراث وينفذ منه وصاياه (قوله ووجوده قد ارتفع بقضاء القاضي) جواب عن قولهما أن الجاحدين (قوله والظاهر عدم الجود) جواب عما قيل لما جحد مرة فالظاهر انه يدوم على جوده فقال والظاهر عدم الجود في المستقبل لان من الجائر ان جوده لا يشبه الامر غلبه وقد صارت الحادثة معلومة له بشهادة الشهود وللقاضي أيضا وبعد ما صار مسلما مثبتا في خريطة القاضي يؤمن بجود ذي اليد لعله انه لا يلتفت الى ذلك ويؤمن تصرفه فيه لعله ان القاضي لا يمكنه منه (قوله والنزع أبلغ فيه) أي في الحفظ لانه ظاهر جود ذي اليد يتصرف فيه اما لحياته أو لزمه انه ملكه وأما اذا وضعه القاضي في يد أمين كان هو عدلا ظاهرا فلا يتصرف فيه (قوله وله علك الوصي يبيع المنقول على الكبير الغائب) أي ولا المنقول يحتاج الى الحفظ علك الوصي يبيع على الكبير الغائب

(٥٥ - (فتح لقدير والسكافية) - سادس) الحادثة معلومة له الخ) أقول قال في الكافي أي الذي اليد ووجوده باعتبار اشتباه الامر عليه وقد زال اهتبعي أن الظاهر ذلك وأنت خبير بانه يفهم من ذلك ان كان منع قولهما ان الجاحدين قال المصنف (والنزاع أبلغ فيه) أقول أي في المنقول كذا في معراج الهداية والنهاية الظاهر أن يقال أي في الحفظ كبديل عما به تقرير الكافي

وكذا وصى الام والاخ والعلم على الصغير) وانما خصهم بالذكر لانه ليس لهم ولاية التصرف ولهم ولاية الحفظ وهذا من باب (ومن المشايخ من قال المنقول أيضا على الخلاف وقول أبي حنيفة فيه أظهر) بناء على ما ذكرنا من حاجته الى الحفظ فاذا ترك في يده كان مضموما عليه ولو أخذ منه لم يكن مضموما على الذي يضعه القاضي في يده فكان الترك أبلغ في الحفظ ولعل هذا هو الظاهر لان ما قيل انه لما جرد من يده لم يتصرف بحياته أولزجه أنه ملكه ساقط العبرة نظرا الى ما تقدم من علم القاضي وطائفة من الناس وكثابته في الخريطة وذلك ثابت مقتضى ثبوت الخلاف في العقار فسقط الفرق (قوله وانما لم يؤخذ الكفيل) راجع الى قوله ولا يستوثق منه بكفيل ومعناه أخذ الكفيل انشاء خصومة لان من يده الباقي قد لا تسمح نفسه باعطائه والقاضي يطالبه به فينشئ الخصومة والقاضي لم ينصب لانها قبل هب أن القاضي لم ينصب لذلك فليكن الخصم هو الحاضر يطالبه (٤٣٤) بالكفيل والقاضي يقطعها بحكمه باعطائه قلت يحتمل تركيب الدليل هكذا طلب الكفيل

وهنا انشاء خصومة وهو مشروع لقطع الخصومة ورقعها فانرضنا رافعا لشيء كان منشئا له هذا خلف - قوله واذا حضر الغائب) اختلاف المشايخ في وجوب إعادة البيعة اذا حضر فمنهم من قال بذلك على قياس قول أبي حنيفة في القصاص اذا أقام الحاضر البيعة على أنه قتل أباه عمدا ثم حضر الغائب فانه يحتاج الى إعادة ومنهم من نفاه وهو اختيار المصنف قال

وكذا حكم وصى الام والاخ والعلم على الصغير) بملك يبيع المنقول مع أن هؤلاء ليس لهم ولاية في المال (وقيل المنقول على الخلاف أيضا) عنده بترك في يده الذي جرد وعندهما يؤخذ منه (وانما لا يؤخذ الكفيل) على قول أبي حنيفة من الذي هي في يده (لانه انشاء خصومة والقاضي انما ينصب لقطعها) وهذا لا يرد بما لا يجد كفيلا أولا - مع باعطائه والاخ الحاضر يطالبه به فتثور الخصومة (ثم اذا حضر الغائب لا يحتاج الى إعادة البيعة ويسلم النصف اليه بذلك القضاء) السكان في غيبته (لان أحد الورثة ينتصب خصما عن بقية الورثة فيما لهم وعليهم ديننا كان أو عيننا) فقد قامت على خصم حاضر بالنسبة الى كل الورثة وهذا منهم وقوله (لان المقضى له وعليه انما هو المبت في الحقيقة) على ما ذكرنا من قريب (و واحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك

ولو لانه محتاج الى الحفظ لملك الوصي ذلك وكذا حكم وصى الام والاخ والعلم على الصغير يعنى في بيع المنقول من تركه الموصى ولا يكون له بيع منقول ملكه الصغير لان جهة الموصى وهذا لان التركة قبل القسمة ملك المبت ومن وجبه وملك الورثة من وجبه فثبتنا الموصى الحفظ باعتبار ما بقي للمبت من الملك في تركته دون مال آخر لان الموصى اذا كان غير الاب والجد لا يملك بيع مال الصغير للحفظ ولا للرجوع وانما ملك وصى هؤلاء يبيع المنقول باعتبار ما بقي للمبت من الملك لا باعتبار ما ثبت للورثة بخلاف وصى الاب لان له البيع باعتبار الملب وما للورثة اذا كانوا غائرا وفي الذخيرة اما وصى الام لا يملك على الصغير بيع ما ورثه الصغير عن الاب العقار والمنقول في ذلك سواء لان وصى الام قائم مقام الام والام حال حياتها لا يملك بيع ما ورثه الصغير العقار والمنقول المشغول بالدين والحال في ذلك سواء (قوله وقول أبي حنيفة رحمه الله فيه أظهر) لحاجته الى الحفظ والحفظ بالترك في يده أتم لانه يصير محفوفا بصورة ومعنى لانه لو هلك في يده يجب عليه الضمان لانه بالانكار صار ضمنا ولو أخذ من يده ووضع في يد أمين لا يصير محفوفا معنى لانه غير مضمون عليه (قوله واذا حضر الغائب لا يحتاج الى إعادة البيعة) قال الشيخ الامام على البرذوي رحمه الله وهو الأصح

الامام فخر الاسلام وهو الأصح (لان أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقي فيما يستحق للمبت مطلقا وعليه) ان كان السجل بيده كما سيجيء (دينا كان أو عيننا لان المقضى له وعليه في الحقيقة انما هو المبت) لما ذكرنا (و واحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك) كالوكيلين بالخصومة

اذا غاب أحدهما كان للاخر أن يخاصم ولهذا قلنا اذا ادعى رجل على أحدهم ديناً على المبت وأقام عليه البيعة ثبت بخلاف في حق السجل وكذا اذا ادعى أحدهم ديناً للمبت على رجل وأقام عليه البيعة ثبت في حق السجل فان قيل لو صلح أحدهم للخلافه لكان كالمبت

(قوله أولزجه أنه ملكه) أقول أي ان كان عدلا (قوله فاذا ترك في يده كان مضموما عليه) أقول يعنى بخوده السابق وفيه بحث فانه قد رجع مع لازمه الذي هو الخيانة بقضاء القاضي كما صرح به آنفا فينبغي أن لا يضمن (قوله ومعناه أخذ الكفيل) أقول الاولى طلب الكفيل (قوله والقاضي يطالبه به) أقول فيه إشارة الى أن ما في النهاية من قوله والاخ الحاضر يطالبه بالكفيل ليس على ما ينبغي لعدم مطابقة المشرع (قوله فان قيل هب الخ) أقول ويمكن أن يجاب بان الحاضر ليس يخصم عن الغائب في استيفاء ما عليه المطالبة بالكفيل (قوله وهو مشرع لقطع الخ) أقول لقطع الخصومة المتقدمة ثم أقول فيه بحث لانه ان أراد كلياً فممنوع ألا يرى الى ضمان الترك وان أراد جزئياً فاسم ولا يفيد اللهم الا أن يخص بحيث يشمل محل النزاع ثم لا نسلم انه ليس ههنا خصومة متقدمة الا أن يقال ان رفع ذلك بقضاء القاضي فليتنا مل (قوله اذا أقام الحاضر البيعة الخ)

وجازله استيفاء الجميع كالميت لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع أجاب بقوله (بغلاف الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح أن يكون نائباً عن غيره) ولقاتل أن يقول فليكن عاملاً لنفسه في نصيبه ونائباً عن غيره فيما زاد ولا يحطوره فيه وجوابه أن السائل قال لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع وما كان كذلك لا يقبل التشكيك وقوله (وصار كما اذا قامت (٤٣٥) البينة بدين الميت) أي بدين الميت أو عليه كاذراً ما بين

بغلاف الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائباً عن غيره وهذا لا يستوفي الانصبيه وصار كما اذا قامت البينة بدين الميت الا انه انما يثبت استحقاق الكل على أحد الوارثة اذا كان الكل في يده ذكره في الجامع لانه لا يكون خصماً بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده قال (ومن قال مالى في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة)

بغلاف الاستيفاء) أي استيفاء نصيبه (لانه عامل فيه لنفسه) لا للميت (فلا يصلح نائباً عن غيره فلهذا لا يستوفي الانصبيه نفسه وصار كما اذا قامت البينة بدين للميت) فانه يقضى بالكل ولا يأخذ الانصيب نفسه وقوله (الا انه انما يثبت استحقاق الكل على أحد الوارثة) استثناء من قوله لان أحد الوارثة ينتصب خصماً عن الباقيين فيما يستحق له وعليه ويكون قضاء على جميع الوارثة (اذا كانت) التركة كلها (في يده) أي في يد الحاضر حتى لو كان البعض في يده ينفذ بقدره لانه لا خصوصية بدون اليد ذكره في الجامع الكبير قال في شهادات الموارث ولو مات وترك داراً وثلاثة بنين وابن ابن غائبان والدار في يد الحاضر فادعى رجل الدار على الحاضر فقص عليه القصة وقال مات والدنا وأخوأي فلان وفلان قبضاً نصيبهما وأودعني وغابا وقال المدعى كنت دارى في يد أبيكم وأعلم أن الغائبين قبضاً ثلثهما شأواً وعادها عندنا فأنأقم البينة أنهما دارى تقبل وذو اليد خصم لان أحد الوارثة ينتصب خصماً عن الميت فيما يدعى عليه فان حضر الغائبان وصدقا في الارث وحدها حق المدعى فالقضاء ماض وان كذبا وقال لا تمزجها من أي ثبيل ثلثها هلنا بالارث يقال للمدعى أعديبتك علمها في ثلثي الدار لان ذلك على غير خصم لان اقرا الحاضر يعمل في حقه لافي حق الغائبين قال العتاني قال مشايخنا هذا اذا لم تكن الدار مقسومة أما اذا قسموها وأودع اثنتان نصيبهما الحاضر وغابا لا تقبل بينة المدعى في نصيبهما على الحاضر والتحقيق هذا باسائر أموالهما فلا يكون الحاضر خصماً فيها بخلاف ما قبل القسمة لانه موقوف على حكم ملك الميت على ما عرف ولو كان ثلث الدار في يد رجل مقسوم أو غير مقسوم أو دعه عند الغائبان وهو مقر بانه ودعية لهما ميراث من أبيهما لم يكن خصماً للمدعى وكذلك الابن الحاضر لا يكون خصماً في ذلك لان الوارث انما يكون خصماً للمدعى على الميت فيما في يده لا فيما في يد غيره قال الاستر وشي فالحاصل أن أحد الوارثة ينتصب خصماً عن الميت في عين هو في يده لافي عين ايسر في يده حتى ان من ادعى عينا من التركة وأحضر وارثا ليس في يده ذلك العين لا تسمع دعواه وفي دعوى الدين ينتصب خصماً عن الميت وان لم يكن في يده شيء (قوله ومن قال مالى في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة) فيلزمه التصديق بجميع ما يملكه من النذرين والسواثم

وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله عن بعض مشايخنا ان على قياس أبي حنيفة رحمه الله يعني أن يعبد البينة لان تلك البينة للحاضر خاصة كافي العصاص (قوله الا انه انما يثبت استحقاق الكل على أحد الوارثة) استثناء عن قوله لان أحد الوارثة ينتصب خصماً عن الباقيين معناه أن استحقاق الكل على أحد الوارثة انما يكون استحقاقاً على الباقيين اذا كان الكل في يده وذكر في الجامع انما يكون قضاء على جميع الوارثة اذا كان المدعى في يد الوارث الحاضر ولو كان البعض في يده ينفذ بقدره لان دعوى العيب لا تنوجه الا على ذي اليد فانما ينتصب أحد الوارثة خصماً عن الكل اذا كان المدعى في يده وهذا بخلاف دعوى الدين فان أحد الوارثة ينتصب خصماً عن الميت وعن باقي الوارثة في دعوى الدين على الميت وان لم يكن في يده شيء من التركة (قوله ومن قال مالى في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة) أي يجب عليه صدقة بجميع ما يملكه من أجناس

على كلام المصنف والتجاء الى جواب آخر وأنت تعلم ان كونه نائباً عن غيره فرع التوكيل من الغير ولم يوجد فليتأمل ولا مجال لقيامه مقام الميت لان الاستيفاء ليس له بخلاف الاثبات فليتأمل (قوله يعني انه لو ادعى أحد على أحد الوارثة ديناً الخ) أقول فيه انه يجب ان يكون المراد دعوى العين فان الدين يثبت على الوارث الحاضر وغيره وان لم يكن في يد الحاضر شيء على ما صرحوا ويمكن أن يجاب بان المراد يكون خصماً في جميع الدين في حق الاستحقاق عليه وبقية تصرف القضاء بالاستحقاق عليه على ما في يده فليتأمل قال المصنف (ومن قال مالى في المساكين الخ) أقول وفي اراد

أقول التفصيل في باب الشهادة في القتل (قوله وجوابه أن السائل الخ) أقول اعتراف بورود السؤال

نتر أن يتصدق بماله وعليه دين يحيط بماله لزمه التصديق به فان قضى به دينه لزمه التصديق بقدره عند ملكه

لان المعتبر جنس ما تجب فيه الزكاة وان لم تجب الزكاة ولا يجب التصديق بالمال والالتجيب في جنسها الزكاة كالعقار والرقيق وأثاث المنازل وثياب البذلة وغير ذلك (وان أوصى (٤٣٦) بثأث ماله فهو على كل شيء والقياس في الاول أيضا) أن يقع على كل شيء كما قال به

وان أوصى بثأث ماله فهو على كل شيء والقياس أن يلزمه التصديق بالكل وبه قال زفر رحمه الله لعموم اسم المال كفي الوصية وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى فينصرف ايجابه الى ما أوجب الشارع فيه الصدقة من المال أما الوصية فأخت الميراث لأنها خلافة كهي فلا تختص بمال دون مال ولأن الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة

وأموال العباد ومساكن قوته فاذا أصاب شيئا تصدق بقدر ما أمسك واذا وجب التصديق بكاه فلا فرق بين أن يبلغ ما عنده نصاباً ولا لان المعتبر جنس ما فيه الزكاة دون قدره ولذا قالوا نذر أن يتصدق بماله وعليه دين يحيط بكل ماله لزمه أن يتصدق به فان قضى به ديناً لزمه أن يتصدق بما يكفيه بعد ما أن يوفي (ولو أوصى بثأث ماله فهو على كل مال والقياس أن يلزمه التصديق بالكل) فبهما (وبه قال زفر) والبتى والخبي والشافعي وقال مالك وأحمد يتصدق بثأث ماله لقوله صلى الله عليه وسلم لا يبي لبياة حين قال ان من توبى أن أتخلص من مالى صدقة يجوز لك الثالث (اعوم اسم المال كالوصية) وقال عليه الصلاة والسلام من نذر أن يطيع الله فليطعه (وجه الاستحسان أن ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى فينصرف الى ما أوجب الشرع فيه الصدقة) وما أوجب به التصديق ذكره بافظ العموم وعاق ايجاب ببعضه قال تعالى خذ من أموالهم صدقة ولم يعم كل مال وهذا بناء على أن مقتضى اللفظ انما يصدق بالآخذ من كل مال وذكرنا في الاصول ان بالآخذ من جنس الاموال يصدق بانه آخذ من أموالهم حقيقة وانما ذلك قول الشافعي والاحسن أن جملة على العموم يخالف للشرع اذ منع منه قوله تعالى ولا تبسطها كل البسط فوجب تقييدها ببعضها ثم عينا ذلك البعض بتعيين الله تعالى اياها بايجاب التصديق منها أو ما قوله عليه الصلاة والسلام من نذر أن يطيع الله فليطعه لا ينافيه لان اخراج ما ذكرنا من أجناس المال طاعة وانما يلزم لو تقييد بجميع ما تلفظ به وهو منتف بلزوم المعصية وحديث أبي لبياة ليس فيه تصريح بانه نذر ذلك فهو على أنه نوى ذلك وقصد. وأما الوصية فغير ينافيها على نحو ذلك أيضا فقلنا لو أوصى بجميع ماله وله ورثة لا ينفذ لان في تنفيذها ارتكاب المعصية فيقتصر على الثالث المفسوخ له فيه مع وجود الورثة وأما نفاذه في الكل اذ لم يكن له ورثة فلا نفاذ لانما وجب ذلك في حال استغنائه بالموت فانتفى المانع الشرعي وهذا لان النهي ما كان في حالة الحياة الا اقيام حاجته النافذة في الحياة وعدم البداء بنفسه الامور بها في قوله صلى الله عليه وسلم ابدأ بنفسك ثم بمن تعول فيؤدى الى تشيق نفسه وحرجهما وهو قد يكون سبب المعصية وهذا المعنى منتف بعد الموت وقول المصنف (ولان الظاهر انه انما يلزم الصدقة الخ) يصلح تقرر ابدأ بالمخصص يعني أن العموم وان كان نابهاً لكن ههنا معنى يخصه وهو أن الظاهر من ارسال لفظ عام بالخروج عن كل ماله مع قيام حاجته المستمرة لنفسه وعياله عدم كونه على وجه يدخل الضرر عليه. وعليهم فكان ظاهره في ارادة المخصص وما ذكرناه من لزوم المعصية بتقدير اعتبار عومهم هو أيضا من ابدأ بالمخصص وهذا من أفراد ترك الحقيقة بدلالة وهل تدخل الارض العشرية فيجب التصديق بها - نداء أبي يوسف نعم لان جهة الصدقة غالباً في العشر وروى ذلك عن أبي حنيفة وعند محمد لان جهة المونة

الاموال التي يجب فيها الزكاة كالنقد والسيارات وأموال التجارة بقليلها وكثيرها ولا يفرق بين قدر النصاب وما دونه لان ذلك يتعلق به الزكاة اذا انضم اليه غيره فكأنهم اعتبروا الجنس دون القدر ولهذا قالوا اذ نذر أن يتصدق بماله وعليه دين يحيط بماله لزمه أن يتصدق به فان قضى به دينه لزمه التصديق عند تملكه لان المعتبر جنس ما تجب فيه الزكاة وان لم تكن واجبة ولا يجب عليه التصديق بالمال التي لا يجب في جنسها الزكاة كالعقار والرقيق وأثاث المنازل وثياب البذلة وغير ذلك (قوله لانها خلافة كهي) أي كالورثة من حيث انما سمي ثبات الملك بعد الموت والله تعالى أوجب الاموال يث في كل عين وبين (قوله ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله) وهو مال الزكاة أما الوصية تقع في حال الاستغناء فينصرف الى الكل أي في الحقيقة

زفر) لان اسم المال عام يتناول الجميع (وجه الاستحسان أن ايجاب العبد معتبر بايجاب الله) اذ ليس للعبد ولاية الايجاب مستبداً به لئلا ينزع الى الشركة وايجاب الشرع في المال من الصدقات مضاف الى أموال خاصة فكذا ايجاب العبد ولا يرد الاعتكاف حيث لم يوجب في الشرع من جنسه شيء وهو معتبر لانه لبتى في مسجد جماعة عبادة وهو من جنس الوقوف بعرفات أو لانه في معنى الصلاة لانه لا تتفاوت أوقات الصلاة ولهذا اختص بمسجد جماعة والمنظر للصلاة كأنه في الصلاة (أما الوصية فهي أخت الميراث لانها خلافة كالورثة) من حيث انهما يثبتان الملك بعد الموت ولا يختص الميراث بمال دون مال في الشرع فكذا الوصية (قوله ولان الظاهر دليل آخر يعني أن الظاهر من حال الناذر (التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة)

مسئلة النذر في فصل القضاء بالموار يث نظرو لعله ذكرها باعتبار الفرق بينها وبين الوصية التي هي أخت الميراث (قوله وجه الاستحسان أن ايجاب العبد معتبر الخ) أقول ليس معناه

أن ايجاب العبد معتبر من كل الوجوه بايجاب الله تعالى والالم يجب له التصديق بكل ماله وهو ظاهر (قوله وايجاب الشرع في المال الخ) أقول اذا عبر عنه بلفظ المال كقوله تعالى خذ من أموالهم صدقة قوله فكذا ايجاب العبد) أقول اذا أضاف ايجاب الى لفظ المان

لان الحاجة ملته الحاجة الى ما تقوم به - واجبه الاصلية فيختص النذر بمال الزكاة (أما الوصية فانها تقع في حال الاستغناء عن الاموال فتصرف الى الكل والارض العشرية تدخل في النذر عند أبي يوسف رحمه الله لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة عنده راجحة) في العشر فصارت الارض العشرية كاموال التجارة لانها من جنس الاموال التي تجب فيها الصدقة (ولا تدخل عند محمد) وذكر الامام الغزالي في قوله أبي حنيفة مع محمد - هههههههه (لانه) أي الارض العشرية والتذ كبير لتذ كبير الخبر (سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده) فصارت مثل عبد الخدمة (وأما الارض الخراجية فلا تدخل بالاجماع لانه يتعمد مؤنة) لان مصرفه المقاتلة وفيهم الاغنياء ولو قال ما أملك صدقة في المساكين فقد قيل ينناول كل مال) زكوا يا وغيره وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة ذكرها في (٤٣٧) الامالي لان ما أملك أعم من مالي لان الملك يطلق على المال وغيره

أما الوصية تقع في حال الاستغناء فتصرف الى الكل وتدخل فيه الارض العشرية عند أبي يوسف رحمه الله لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة عنده راجحة عنده وعند محمد رحمه الله لا تدخل لانها سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده ولا تدخل ارض الخراج بالاجماع لانه يتعمد مؤنة ولو قال ما أملكه صدقة في المساكين فقد قيل ينناول كل مال لانه أعم من لفظ المال والمقيّد بالشرع وهو مختص بلفظ المال فلا يختص في لفظ الملك فبقى على العموم والصحيح انهما سواء لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الإيجاب يسلك من ذلك قوته ثم اذا أصاب شيئا تصدق به مثل ما أملك لان حاجته هذه مقدمة ولم يقدر محمد بشئ لاختلاف أحوال الناس فيه

غالبه عنده ولا تدخل الخراجية انما قاله بعض الخراج مؤنة ولذا وجب في أرض الصبي والوقف (ولو) كان (قال ما أملك صدقة قيل يجب الكل) لان المقيد في الشرع المذكور بافظ المال قال المصنف (والصحيح انهما سواء لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة) وهذا يؤيد ذلك بقصد هم الى التخصيص بذلك المعنى بقليل تأمل وكان مقتضى ما ذكر في اللفظين أن يثبت مثله في قوله الله على أن أهدي جميع مالي أو جميع ملكي الآن الطحاوي ذكر انه يجب الكل بخلاف ما لو حلف به فقال ان فعلت كذا فانه على أن أهدي جميع مالي حيث يجب الكل بلا شك لان عقد اليمين يمنع النفس عن المذكور بالتزام ما يكرهه على تقديره فان وقع باب ارادة العموم الآن هذا على جعل المخصص المعنى الذي عينه المصنف وأما على جعله لزوم المعصية فيجب أن يخص أيضا فكان تعويلهم ليس عليه وقوله (على ما مر) يريد وجه الاستحسان هذا (ثم اذا لم يكن له مال الا ما دخل تحت الإيجاب) يعني مال الزكاة على بعد ذلك (يسلك منه قوته) ويتصدق بما سواه (واذا استغاد شيئا تصدق بقدر ما أملك ولم يقدر محمد) مقدار في أصل الميسر (لاختلاف أحوال الناس) من قلة العيال وكثرتهم

هماسيان لان إيجاب الصدقة المصروف الى فاضل ماله في حياته وبعد وفاته يكون جنس ماله فاضلا لاستغنائه عنه بالموت (قوله ويدخل فيه الارض العشرية عند أبي يوسف رحمه الله) لان معنى الصدقة في العشر راجع عنده ولهذا لا تجب على الكافر وعند محمد وهو قول أبي حنيفة تزعمهما الله لا تدخل لان فيه معنى المؤنة ولهذا لا يعتبر فيه المال كاشبهه الخراج (قوله لانه أعم من لفظ المال) لان الملك يطلق على المال وعلى غيره فانه يقال ملك النكاح وملك القصاص وملك المتعة واسم المال لا يطلق على ما ليس بمال فاذا كان لفظ الملك أعم يظهر لعمومه زيادة من على المال وذلك في أن ينصرف الى كل مال يجوز التصديق به فصاوكا انه قال كل مال أملكه مما يتصدق به فهو صدقة فينبغي ان ينصرف الى مال الزكاة وغيره كذا هذا والصحيح انهما سواء (قوله والمقيّد إيجاب الشرع) وهو قوله تعالى خذ من أموالهم صدقة وقوله عليه السلام ها تواربوع عشرا أموالكم

بقوله ان إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى وليس بواضح لانه أبط ذلك الوجه بقوله والمقيّد إيجاب الشرع وهو لفظ المال ولعله اشار الى قوله ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وقد قرأه من قبل فار جع اليه (ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الإيجاب يسلك من ذلك قوته لان حاجته هذه مقدمة) اذ لو لم يسلك لاحتاج أن يسأل الناس من يومه وقبج أن يتصدق به والو يسأل الناس من يومه (ثم اذا أصاب شيئا تصدق بما أملك ولم يدين محمد) في المتوسط (مقدار ما يسلك لاختلاف أحوال الناس فيه) بكثرة العيال وقلتها

(قوله وفيه نظر لانه حينئذ لا يكون إيجاب العبد معتبرا بإيجاب الشرع) أقول: نوع فان إيجاب الله تعالى الصدقة في جنس الاملاك يكفي لاعتبار إيجاب العبد به كافي بإيجاب الاعتكاف على ما مر آنفا لا يرى أنه لو قال كل مال أملكه مما يتصدق به فهو صدقة ينصرف الى مال الزكاة والبذلة والمهنة كما مرح به في النهاية مع انه ليس من الله تعالى إيجاب على هذا الوجه فلي تأمل

يقال النكاح وملك القصاص وملك المتعة واسم المال لا يطلق على ما ليس بمال فاذا كان لفظ الملك أعم يظهر لعمومه زيادة من على المال وذلك في أن ينصرف الى كل مال يجوز التصديق به فصاوكا انه قال كل مال أملكه مما يتصدق به فهو صدقة فينبغي ان ينصرف الى مال الزكاة وغيره كذا هذا والصحيح انهما سواء (قوله والمقيّد إيجاب الشرع) وهو قوله تعالى خذ من أموالهم صدقة وقوله عليه السلام ها تواربوع عشرا أموالكم

بقوله ان إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى وليس بواضح لانه أبط ذلك الوجه بقوله والمقيّد إيجاب الشرع وهو لفظ المال ولعله اشار الى قوله ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وقد قرأه من قبل فار جع اليه (ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الإيجاب يسلك من ذلك قوته لان حاجته هذه مقدمة) اذ لو لم يسلك لاحتاج أن يسأل الناس من يومه وقبج أن يتصدق به والو يسأل الناس من يومه (ثم اذا أصاب شيئا تصدق بما أملك ولم يدين محمد) في المتوسط (مقدار ما يسلك لاختلاف أحوال الناس فيه) بكثرة العيال وقلتها

وقيل المحترف بمسك قوته ليوم وصاحب الغلة لانه وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم الى المال وعلى هذا صاحب التجارة بمسك بقدر ما يرجع اليه به قال (ومن أوصى اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئا من التركة فهو وصي والبائع جائز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم) وعن أبي يوسف رحمه الله انه لا يجوز في الفصل الاول أيضا ان الوصاية انابة بعد الموت فتعتبر بالانابة قبله وهي الوكالة ووجه الفرق على الظاهر ان الوصاية بخلافه لا تضاف الى زمان بطلان الانابة فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث أما الوكالة فانابة اقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم وهذا لانه لو توقف لا يغوث النظر لقدرة الموكل وفي الاول يغوث لعجز الموصى (ومن أعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه) لانه اثبات حق لا الزام أمر قال (ولا يكون النهى عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل)

والرضاء والغلاء فيختلف الاعتبار (وقيل المحترف بمسك ليوم) لانه يكتب يومافيوما (وصاحب الغلة) وهو من له حوائث أو دور يجنبها بمسك (شهر) لان يده تصل الى نفقته بعد شهر (وصاحب الضياع لسنة) لان غلتها كذلك وأما في عرف ديارنا بعضهم كذلك وبعضهم يؤجرها بدراهم على ثلاثة أقساط كل أربعة أشهر قسط فينبغي أن بمسك الى تمام أربعة أشهر (وعلى هذا صاحب التجارة بمسك بقدر ما يرجع اليه ماله) (وقوله ومن أوصى اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئا من التركة هو وصي) بخلاف الوكيل اذا باع ثم علم بالوكالة لا ينفذ لانه لا بصير وكيلا حتى يعلم (وعن أبي يوسف لا يجوز في الوصية أيضا ان الوصاية انابة أى استنبابة والمعروف من اللغة في الانابة انما هو معنى الرجوع والاقلاع من أناب الى الله واستدل في النهاية انها بمعنى الاستنبابة باستعمال الرخصى لها كذلك في تفسير سورة الروم والرخشى نفسه يفعل كذلك فيستزل علم المتكلم بمنزلة رواية فروج بمسكته هديت لانه تمام وأبي الطيب (وجه الفرق على ظاهر الرواية) بين الوصاية والتوكيل (أن الوصاية بخلافه) في التصرف عن الميت كالورثة فلا تتوقف على العلم كوكالة (لاضافتها) الى ما بعد الموت فيتصرف كتصرف الوارث ولذا لو باع شيئا ثم ظهر موت المورث ظهر نفاد حين صدر الوصاية استخلاف مضاف (الى) ما بعد الموت أيضا وهو (زمان بطلان الانابة فلا يتوقف على العلم) كالأمانة (ولهاذا ينزل الوكيل بالموت بخلاف الميت فيتوقف على العلم (وهذا لانه) اذا وقفناه على العلم لا يغوث النظر) لقيام ولاية الموكل وقدرته (وفي الاول يغوث لعجز الموصى) بالموت وهذا اذا ثبتت الوكالة قصدا أما اذا أثبتت في ضمن الامر بالفعل فغيره وايتان وذلك مثل أن يقول لعبدى اذهب الى فلان بيدك أو لا مرآته اذهب الى فلان بالمعنى أو اذهب بعبدى الى فلان فيبيعه منك فذهب كما أخبره ففعل ذلك كرمي في كل بالوكالة انه جائز ذكر في الزادات انه لا يجوز فكان فيه وايتان في احدهما لا يتوقف على العلم وفي أخرى لا بد من العلم ذكر في الماذون ما وافق الاول وهو انه اذا قال للناس باعوا عبدى فاني أذن له في التجارة فبايعوه جازم انه لا علم للعبد بالاذن واذا توقف الوكالة على العلم فلنذكر بماذا يحصل العلم المثبت للوكالة فقال (كل من أعلمه بالوكالة جازبه تصرفه) بشرط كونه مميزا رجلا كان أو امرأة فاسقا كان أو عدلا مسلما كان أو ذميا وقال الشافعي وأجل لا تثبت الوكالة بخبر الواحد أصلا لانها تتضمن عقدا كغيره من العقود (لانه) تسليط على مال الغير قلنا (انه اثبات حق) هو حق أن يتصرف (لا الزام أمر) فانه يختار في القبول وعدمه وكان كقبول الهدية من ذكر انما على يده وهو يحصل الاجماع وانص فقد كان صلى الله عليه وسلم يقبلها من العبد والتقي ويشترى من الكافر (وأما العزل عن الوكالة فعندهما هو والاخبار بهما سواء) وسند أبي حنيفة لا يثبت حتى يشهد عنده شاهدان أو شاهدان (أى

وقيل المحترف بمسك قوته ليوم وصاحب الغلة لانه وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم الى المال وعلى هذا صاحب التجارة بمسك بقدر ما يرجع اليه به قال (ومن أوصى اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئا من التركة فهو وصي والبائع جائز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم) وعن أبي يوسف رحمه الله انه لا يجوز في الفصل الاول أيضا ان الوصاية انابة بعد الموت فتعتبر بالانابة قبله وهي الوكالة ووجه الفرق على الظاهر ان الوصاية بخلافه لا تضاف الى زمان بطلان الانابة فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث أما الوكالة فانابة اقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم وهذا لانه لو توقف لا يغوث النظر لقدرة الموكل وفي الاول يغوث لعجز الموصى (ومن أعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه) لانه اثبات حق لا الزام أمر قال (ولا يكون النهى عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل)

والرضاء والغلاء فيختلف الاعتبار (وقيل المحترف بمسك ليوم) لانه يكتب يومافيوما (وصاحب الغلة) وهو من له حوائث أو دور يجنبها بمسك (شهر) لان يده تصل الى نفقته بعد شهر (وصاحب الضياع لسنة) لان غلتها كذلك وأما في عرف ديارنا بعضهم كذلك وبعضهم يؤجرها بدراهم على ثلاثة أقساط كل أربعة أشهر قسط فينبغي أن بمسك الى تمام أربعة أشهر (وعلى هذا صاحب التجارة بمسك بقدر ما يرجع اليه ماله) (وقوله ومن أوصى اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئا من التركة هو وصي) بخلاف الوكيل اذا باع ثم علم بالوكالة لا ينفذ لانه لا بصير وكيلا حتى يعلم (وعن أبي يوسف لا يجوز في الوصية أيضا ان الوصاية انابة أى استنبابة والمعروف من اللغة في الانابة انما هو معنى الرجوع والاقلاع من أناب الى الله واستدل في النهاية انها بمعنى الاستنبابة باستعمال الرخصى لها كذلك في تفسير سورة الروم والرخشى نفسه يفعل كذلك فيستزل علم المتكلم بمنزلة رواية فروج بمسكته هديت لانه تمام وأبي الطيب (وجه الفرق على ظاهر الرواية) بين الوصاية والتوكيل (أن الوصاية بخلافه) في التصرف عن الميت كالورثة فلا تتوقف على العلم كوكالة (لاضافتها) الى ما بعد الموت فيتصرف كتصرف الوارث ولذا لو باع شيئا ثم ظهر موت المورث ظهر نفاد حين صدر الوصاية استخلاف مضاف (الى) ما بعد الموت أيضا وهو (زمان بطلان الانابة فلا يتوقف على العلم) كالأمانة (ولهاذا ينزل الوكيل بالموت بخلاف الميت فيتوقف على العلم (وهذا لانه) اذا وقفناه على العلم لا يغوث النظر) لقيام ولاية الموكل وقدرته (وفي الاول يغوث لعجز الموصى) بالموت وهذا اذا ثبتت الوكالة قصدا أما اذا أثبتت في ضمن الامر بالفعل فغيره وايتان وذلك مثل أن يقول لعبدى اذهب الى فلان بيدك أو لا مرآته اذهب الى فلان بالمعنى أو اذهب بعبدى الى فلان فيبيعه منك فذهب كما أخبره ففعل ذلك كرمي في كل بالوكالة انه جائز ذكر في الزادات انه لا يجوز فكان فيه وايتان في احدهما لا يتوقف على العلم وفي أخرى لا بد من العلم ذكر في الماذون ما وافق الاول وهو انه اذا قال للناس باعوا عبدى فاني أذن له في التجارة فبايعوه جازم انه لا علم للعبد بالاذن واذا توقف الوكالة على العلم فلنذكر بماذا يحصل العلم المثبت للوكالة فقال (كل من أعلمه بالوكالة جازبه تصرفه) بشرط كونه مميزا رجلا كان أو امرأة فاسقا كان أو عدلا مسلما كان أو ذميا وقال الشافعي وأجل لا تثبت الوكالة بخبر الواحد أصلا لانها تتضمن عقدا كغيره من العقود (لانه) تسليط على مال الغير قلنا (انه اثبات حق) هو حق أن يتصرف (لا الزام أمر) فانه يختار في القبول وعدمه وكان كقبول الهدية من ذكر انما على يده وهو يحصل الاجماع وانص فقد كان صلى الله عليه وسلم يقبلها من العبد والتقي ويشترى من الكافر (وأما العزل عن الوكالة فعندهما هو والاخبار بهما سواء) وسند أبي حنيفة لا يثبت حتى يشهد عنده شاهدان أو شاهدان (أى

(قوله وصاحب الغلة لشهر) أى صاحب الدور والحوائث والبيوت التي يؤجرها الانسان بمسك قوت شهر (قوله كما في تصرف الوارث) لو باع الوارث تركته المورث بعد موته وهو لا يعلم بموته جاز بيعه فكذا الوصى (قوله ومن أعلمه من الناس بالوكالة) أى سواء كان حرا أو عبدا أو كافرا (قوله حتى يشهد عنده شاهدان)

والخلافة لا تتوقف على العلم في التصرف كما إذا تصرف الوارث بالبيع ولم يعلم بموت المورث فإنه صحيح بخلاف الوكالة فإنها لقيام ولاية المستنيب والائابة تتوقف على العلم لانهم لو توقفت عليهم لم يفت النظر لقدرة الموكل وفي الاول لو توقفت على علمه فان لعجز الموصى فان قيل اذا قال رجل اشتر عبدي من فلان ولم يعلم بهذا القول فلان وباع عبده صح من غير توقف على علمه أجيب بانه على الرايتين ووجه الفرق على رواية الجواز أنه ثبت ضمنوا الكلام في الوكالة يثبت قصد ادائه هذا كما إذا قال بايعو عبدي ولم يعلم به العبدان فيه وايتم في احدهما صح تصرفه وان لم يعلم بالاذن لشبوهة ضمنا فاذا ثبت ان علم الوكيل بالو كالة شرط صحة التصرف فلا بد من اعلام من أعلمه من الناس بذلك سواء كان بالغاً مسلماً عادلاً أو على اضداد ذلك بعدما كان مميراً جاز تصرفه لانه اثبات حق لا لزام (٤٣٩) أمر أي اطلاق محض لا يشتمل على شيء من الالزام وما كان كذلك فعول الواحد فيه كاف وأما النهي عن الوكالة فلا يثبت حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل عند أبي حنيفة رحمه الله وقالاهو والاول سواء لانه من جنس المعاملات وجنسها يثبت بخبر الواحد الفاسق كالوكالة واذن العبد في التجارة ولا ي حنيفة أنه خبر ملزم أما أنه خبر فلانه كلام يحتمل الكذب يحصل به الاعلام وأما أنه ملزم فلانه ينفي جواز التصرف بعده وما كان كذلك فهو معنى الشهادة من وجه لانه بالنظر الى كونه خبراً كالخبر بالتوكيل والاذن وغيرهما ليس في معناه والبالنظر الى ما فيه من نوع الزام كان في معناه فيشترط أحد شرطى الشهادة وهو العدد أو العدالة عللاً بالوجهين بخلاف الاول فإنه لم يكن فيه الزام أصلاً لم يكن في معناه أصلاً فلم يشترط

وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالاهو والاول سواء لانه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية وله أنه خبر ملزم فيكون شهادة من وجه فيشترط أحد شرطيهما وهو العدد والعدالة بخلاف الاول وبخلاف رسول الموكل

خبران لان افضلة الشهادة ليست بشرط عدل أو لم يعدل (وجه قولهما انه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية) وروى الحسن عنه أنه لا بد من عدالة المخبر واحداً كان أو أكثر وبه أخذ الفقيه أبو جعفر الهندي وان زعم انه مذهب أبي حنيفة وقال معنى اطلاق الكتاب أن لا يعلم حالهما لأن يعلمهما بالفاسق وقيل بل هو على اطلاقه لان تأثير العدد فوق تأثير العدالة ألا ترى ان القضاء بواحد عدل لا ينفذ وبما يقين ينفذ بطريق أولى يثبت به وهو الصحيح (وهذا لانه خبر ملزم) أي من كل وجه فإنه يمنع الوكيل من التصرف من كل وجه وما قيل ملزم من وجه دون وجه بناء على مجرد اصطلاح أن يراد بالملزم من كل وجه ما كان الزاماً على خصم منكسر بشرط لفظ الشهادة وحكم الحاكم ولما لم يكن هذا الزام كذلك كان الزام فيه قصور وجوب الضمان لو تصرف بناء على الزام من وجه ثم يكفي لاشتراط العدد والعدالة كونه ملزماً من وجه بالمعنى الذي ذكرنا بخلاف الاعلام بالوكالة فإنه لم يكن فيه الزام أصلاً لم يلزم أحد شرطى الشهادة وأجمعوا على

أي يخبر خبران والمراد من الشهادة الاخبار لان لفظ الشهادة هنا ليس بشرط أو واحد عدل ثم في هذا الالفاظ اشتباه في اشتراط العدالة في المخبر اذا كان اثنين ولفظ الكتاب مشتبه أيضاً هو قوله حتى يخبره رجلان أو رجل عدل وعن هذا اختلف المشايخ فيه قال بعضهم اذا كان المخبر بعزل الوكيل أو بخبر المأذون فاسقين يثبت العزل والخبر بوجود أحد الشرطين وهو العدد وذلك لانه يشترط في الشهادة العدالة والعدد وتأثير العدد فوق تأثير العدالة ألا ترى أن قضاء القاضي بشهادة الواحد العدل لا ينفذ وبشهادة الفاسقين ينفذ ثم لو وجدت العدالة ههنا بدون العدد يثبت الخبر بالخبر فالويل أن يثبت الخبر بالعدد وان لم توجد العدالة وقال بعضهم لا يثبت لان خبر الفاسقين لا يصلح للالزام كخبر الفاسق الواحد في أنه لا يكون ملزماً وأنه يجب التوقف فيه وفي هذا الخبر الزام من وجه فكانت العدالة شرطاً في الخبرين هكذا روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله لأنه لو صح هذا الخبر لكان الزاماً بقول الفاسق وذلك لا يجوز وبه أخذ الفقيه أبو جعفر الهندي وفي رحمه الله وزعم انه هو المذهب عند أبي حنيفة رحمه الله ومعنى ما أطلق في الكتاب محمول على ما إذا كان لا يعلم حالهما بالفاسق والعدالة كذا في النهاية (قوله وله انه خبر) ملزم لما فيه من ضرر يلزم الاتحرم حيث منعه عن التصرف فيكون شهادته من وجه وشبه التوكيل من حيث أن المتصرف يتصرف في ملكه فوجب أن يشترط أحد شرطى الشهادة وهو العدد والعدالة توفيراً على الشبهين حفظهما والالزام من كل وجه ما كان الزاماً على خصم منكسر مشروطاً بلفظ الشهادة (قوله بخلاف الاول) أي التوكيل وبخلاف الرسول لان عبارته كعبارة المرسل فصار كأنه حضره وعلى هذا الخلاف اذا أخبر المولى بجناية عبده فباعه

فيه شيء من ذلك وبخلاف رسول الموكل فإنه لا يشترط فيه أيضاً شيء من ذلك لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسل اذ ربما لا يتفق لكل أحد في كل وقت بالغ عدل يرسله الى وكيله

(قوله انه ثبت ضمناً) أقول أي في ضمن أمر الحاضر بالتصرف (قوله والكلام في الوكالة يثبت قصداً) أقول قوله يثبت حال قال المصنف (فيشترط الى قوله أو العدالة) أقول فيه إشارة الى أن العدالة لا تشترط في العدد وان قوله عدل صفة رجل قال في التلويح وهو لا صح (قوله كعبارة المرسل للحاجة) أقول فكذلك لا تشترط العدالة في المرسل لا تشترط في الرسول أيضاً (قوله اذ ربما لا يتفق الخ) أقول عليه لكون عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسل

(قوله وعلى هذا الخلاف) يعني الذي ذكره بين أبي حنيفة وصاحبيه في اشتراط أحد شرطيهما في الزام المسائل المذكورة قال في النهاية انهاست مسائل ثلاث منها ذكرها محمد في المبسوط واثنان ذكرهما في النوادر والسادسة فاسها المشايخ عليها والمصنف ترك منها مسألة أما الأولى فهي التي ذكرناها من عزل الوكيل والثانية على ترتيب المبسوط العبد المأذون إذا أخبره واحد بالخبر من تلقاء نفسه وهو عدل أو اثنان ثبت الخبر صدق العبد أو كذب وان كان فاسقا وكذبه ثبت عندهما خلافا له وقيد بتلقائه نفسه لان حكم الرسول حكم مرسله كما هو هذه المسئلة لم يذكرها المصنف ههنا والثالثة العبد (٤٤٠) الجاني إذا أخبر المولى بجنايته اثنان أو واحد عدل فتصرف فيه بعده بعق أو يبيع كان

لان عبارته كعبارة المرسلة للحاجة الى الارسال وعلى هذا الخلاف إذا أخبر المولى بجنايته عبده والشفع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر اليها قال (واذا باع القاضى أو أمينه عبدا للغرماء وأخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن) لان أمين القاضى قائم مقام القاضى والقاضى مقام الامام وكل واحد منهم لا يلحقه ضمان كى لا يتقاعده عن قبول هذه الامانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري

ان المخبر بالغزل لو كان فاسقا وصدقه ينزول (قوله وعلى هذا إذا أخبر المولى بجنايته عبده الخ) هذه ست مسائل ذكر محمد منها ثلاثة في الاصل واثنين في النوادر والسادسة فاسها مشايخنا على هذه أما الثلاثة فأحداها عزل الوكيل والثانية العبد المأذون إذا أخبره واحد بالخبر كان وسولا يخبر فاسقا كان أو عدلا وان كان فضولا يشترط أحد شرطى الشهادة فيجوز صدقه العبد أو كذبه وان كان فاسقا كان صدقه انجبر والا فالمسئلة على الخلاف والثالثة العبد إذا جنى جناية ولم يعلم به المولى حتى اعتقه أو باعه يلزمه الاقل من قيمته ومن الدية فان أخبره واحد بالجناية فيكذلك ان كان فاسقا كان صدقه ثم باع أو اعتق يصير مختارا للدية وان كذبه فهو على الخلاف عند أبي حنيفة فلا يكون مختارا للدية وعندهما يصير مختارا لها أو أما اللتان في النوادر فأحداها الحر بي إذا أسلم في دار الحرب فأخبره انسان بماعليه من الغرائض ان كان المخبر عدلا أو أخبره اثنان لم يضمن حتى لو ترك شيئا منها كان عليه قضاءه اجاعا وان كان فاسقا كان صدقه فكذلك وان كذبه فعلى الخلاف قال شمس الأئمة السرخسى الاصح عنده أنه يلزمه القضاء ههنا اتفاقا لان المخبر له رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه نظردكرناه في كتابنا المسمى بفتحير الاصول والثانية الشفع إذا أخبر بالسراء فسكت فعلى ما قلنا ان أخبره فاسق فصدقه ثبت الشراء في حقه وان كذبه فهي على الخلاف فإذا سكت لا تبطل شفعته عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تبطل والسادسة البكر إذا زوجت بلا استئذان فأخبرت فسكت فهو على ما ذكرنا من الوجوه (قوله وإذا باع القاضى أو أمينه عبدا للغرماء) أى لا جملهم ليوفى دينهم التي كانت على الميت (وأخذ المال) أى الثمن (فضاع) عنده (ثم استحق العبد) أو مات قبل قبض المشتري (لم يضمن) القاضى ولا أمينه للمشتري شيئا (لان أمين القاضى بمنزلة القاضى والامام وكل من هؤلاء لا يلحقه ضمان كى لا يتقاعده الناس عن قبول هذه الامانة) إذا لم يرجع المشتري على البائع من هؤلاء (يرجع)

أو اعتقه لا يكون مختارا للدية عنده الا إذا أخبره عدل أو مستورا خلافا لهما والشفع إذا أخبره واحد غير عدل لا يبطل شفعته عنده والبكر إذا أخبرت بانكاح الولي فسكتت فان كان المخبر واحد غير عدل لا يكون سكوتها رضا عنده والمسلم الذي لم يهاجر الى الحرب الذي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر فأخبر بماعليه من الغرائض ان كان المخبر عدلا أو اثنين لم يضمن الغرائض حتى لو ترك يلزمه قضاءها وان كان المخبر فاسقا كان صدقه فكذلك وان كذبه فعلى الخلاف الذي قلنا وقال شمس الأئمة السرخسى رحمه الله والاصح عنده أنه يلزمه القضاء ههنا لان من يخبره فهو رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم (قوله وإذا باع القاضى أو أمينه عبدا للغرماء) أى لا جمل الغرماء وهم أرباب الديون ههنا وأخذ المال أى الثمن

اختيارا منه للعداء وان أخبره فاسق وصدقه فكذلك والافعل الاختلاف عنده لا يكون اختيارا خلافا لهما وأولى النوادر المسلم الذي لم يهاجر إذا أخبره اثنان أو عدل بماعليه من الغرائض لم يضمن وبتركها يجب عليه القضاء وان أخبره فاسق وكذبه فعلى الاختلاف وشمس الأئمة السرخسى جعله رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم فالزمه ونائبها الشفع إذا أخبره اثنان أو عدل بالبيع فسكت سقطت وان أخبره فاسق به وكذبه فعلى الاختلاف والسادسة إذا بلغ البكر تزويج الولي فسكتت فان أخبرها اثنان أو عدل كان رضا بخلاف وان أخبرها فاسق فعلى الاختلاف قال (واذا باع القاضى أو أمينه عبدا للغرماء) إذا باع القاضى أو أمينه عبدا لاجل أصحاب الديون (وقبض الثمن فضاع الثمن واستحق العبد لم يضمن) العاقده هو القاضى أو أمينه (لان أمين القاضى قائم مقام

القاضى والقاضى قائم مقام الامام والامام لا يضمن كى لا يتقاعده عن قبول هذه الامانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري على

(قوله والثالثة العبد الجاني إذا أخبر المولى بجنايته اثنان أو واحد عدل الخ) أقول قوله اثنان أى فضوليان وقوله أو واحد أى فضولي (قوله إذا أخبر المولى اثنان أو واحد عدل الخ) أقول وفي كشف البزوى قال عليه الصلاة والسلام نضر الله امرأ سمع منا ما قاله فعواها كما سمعها ثم أداها الى من لم يسمعها وفي حديث آخر ألا فليبلغ الشاهد الغائب هو الاولى الاستدلال بقوله عليه الصلاة والسلام بلغوا عني ولو آية فليتنايل (قوله وشمس الأئمة السرخسى جعله رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم فالزمه) أقول اعدم اشتراط العدالة في الرسول

على الغرماء لان البيع واقع لهم وله - هذا باع بطلهم) ومن وقع له البيع (٤٤١) يرجع عليه المشتري اذا عذر

الرجوع على العاقد (كأذا كان العاقد صبيًا محجورًا أو عبداً (محجوراً عليه) وههنا قد عذر الرجوع على العاقد لما اذكرنا في رجوع المشتري على الغرماء (فان أمر القاضى الوصى ببيع العبد للغرماء ثم استحق أو مات قبل القبض وضاع الثمن رجوع المشتري على الوصى لانه عاقد نيابة) فان الوصى اليه الميث فظاهر وان أقامه القاضى فكذلك لان القاضى انما أقامه نائباً عن الميث لانه نفسه وعقد النائب كعقد الميث عنه (فصار كما اذا باعه) الميث (بنفسه) فى حياته وفى ذلك كان يرجع المشتري عليه فهنا يرجع على من قام مقامه (ثم يرجع الوصى على الغرماء لانه عامل لهم وان ظهر للميث مال يرجع الغريم فيه دينه) أى يأخذ دينه من ذلك وهل يرجع بما غرم للوصى فى ذلك المال ففيه اختلاف (قالوا يجوز أن يرجع بذلك أيضاً لان هذا الضمان لحقه فى أمر الميث) وقيل ليس له ذلك لانه انما ضمن من حيث العقد ووقع له فلم يكن له أن يرجع على غيره (والوارث اذا بيع له كان بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن فى التركة دين كان العاقد عاملاً له) * (فصل آخر) * جرح

على الغرماء لان البيع واقع لهم ف يرجع عليهم عند عذر الرجوع على العاقد كما اذا كان العاقد محجوراً عليه وله - هذا باع بطلهم) (وان أمر القاضى الوصى ببيع الغرماء ثم استحق أو مات قبل القبض وضاع المال رجوع المشتري على الوصى) لانه عاقد نيابة عن الميث وان كان باقاة القاضى عنه فصار كما اذا باعه بنفسه قال (ورجع الوصى على الغرماء) لانه عامل لهم وان ظهر للميث مال يرجع الغريم فيه دينه قالوا ويجوز أن يقال يرجع بالمائة التى غرمها أيضاً لانه لحقه فى أمر الميث والوارث اذا بيع له بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن فى التركة دين كان العاقد عاملاً له * (فصل آخر) *

بالتن (على الغرماء) أو الغريم (لان البيع) والتصرف (واقع لاجلهم) ف يرجع العهدة عليهم وصار (كأذا كان العاقد محجوراً عليه) عبداً أو صبياً يعقل البيع وكله رجل يبيع ماله جاز العقد بمباشرتهما ولا يتعلق الحقوق بهما بل بموكلهما لان التزام العهدة لا يصح منهما القصور الاهلية فى الصبي وحق السيد فى العبد والاصل انه اذا عذر يتعلق الحقوق بالعاقد تتعلق باقرب الناس الى العقد وأقرب الناس فى مسئلتنا من ينتفع بهذا العقد وهو الغريم ألا ترى ان القاضى لا يامر الوصى أو أمينه بالبيع حتى يطلب الغريم فلذا يرجع المشتري بالتين عليه عند الاستحقاق (ولو كان البائع الوصى يرجع المشتري عليه بالتين لانه عاقد نيابة عن الميث وان كان باقاة القاضى اياه عنه ثم الوصى يرجع به على الغريم وكذا لو باع الوصى العبد لفرقة الوارث فان المشتري يرجع على الوصى والوصى يرجع على الوارث لما قلنا ان البيع لاجسه وهو الذى ينتفع به فلو كان الوارث صغيراً نصب القاضى عنه من يقضى دينه) فلو ظهر للميث مال يرجع الغريم فيه دينه) (بلا شك وهل يرجع بمباشرين للمشتري قال المصنف) قالوا ويجوز أن يقال يرجع بالمائة التى غرمها أيضاً) يريد بالمائة ما ضمن للمشتري فرضها مائة (لانه لحقه) ذلك (فى أمر الميث) وينبغي أن يكون هذا بالاتفاق أعني جواز أن يقال وأما الواقع من القول بالرجوع بمباشرين ففيه خلاف قيل نعم وقال بعد الامتعة السرخسى لا ياخذ فى الصحيح من الجواب لانه الغريم انما ضمن من حيث ان العقد وقع له فلم يكن له أن يرجع على غيره وفى الكافى الاصح الرجوع لانه قضى ذلك وهو مضطر فيه فقد اختلف فى الصحيح كما سمعت * (فصل آخر) * لما كانت مسائل هذا الفصل ترجع الى أصل واحد وهو أن قول القاضى بانقراده هل

(قوله) كما اذا كان العاقد محجوراً عليه) أطلق لفظ المحجور ليشتمل على المحجور والعبد المحجورين وكل صبيًا محجوراً يعقل البيع والشراء أو عبداً محجوراً جاز العقد بمباشرتهما ولا يتعلق الحقوق بهما بل بموكلهما لان التزام العهدة لا يصح منهما فى الصبي لقصور أهليته وفى العبد لحق سيده والاصل انه اذا عذر تتعلق حقوق العقد بالعاقد يتعلق باقرب الناس الى العاقد كما فى توكيل المحجور وأقرب الناس فى مسئلتنا من ينتفع بهذا العقد وهو الغريم ألا ترى أن القاضى لا يامر الوصى أو أمينه الا بعد طلب الغريم ف يرجع المشتري على الغريم (قوله) لانه عاقد نيابة عن الميث) وذلك لان الوصى قائم مقام الميث اما اذا كان الميث أوصى اليه فظاهر وأما اذا نصب القاضى فكذلك لان القاضى انما نصبه ليكون قائماً مقام الميث لا ليكون قائماً مقام القاضى (قوله) فصار كما اذا باعه بنفسه) أى المدبون اذا باشر العقد بنفسه حال حياته كانت الحقوق راجعة اليه فكذا يرجع الى من قام مقامه بعد مماته ف يرجع المشتري على الوصى ثم يرجع الوصى على الغرماء (قوله) قالوا ويجوز أن يقال يرجع بالمائة التى غرمها أيضاً) وفى رجوع الغريم بما غرم باختلاف قال الفقيه أبو الميث رحمه الله يجوز أن يقال يرجع ويأخذ من ذلك المال ما ضمن للوصى أو للمشتري لان هذا الضمان لحقه لأم الميث وفى الجامع الصغير لا يمر تأتى رحمه الله أيضاً الاصح انه يرجع وقال بعضهم لا ياخذ فى الصحيح من الجواب لان الغريم انما ضمن من حيث العقد ووقع له فلم يكن له أن يرجع على غيره (قوله) والوارث اذا بيع له فهو بمنزلة الغريم) الوارث اذا احتاج الى بيع شئ من التركة وهو صغير فباعه الوصى ثم استحق رجوع المشتري بالتين على الوصى والوصى على الوارث ولو باعه أمين القاضى رجوع المشتري على الوارث اذا كان أهلاً وان لم يكن أهلاً ينصب القاضى عنه وصياً يرجع عليه ويؤدى هو من مال الصغير * (فصل آخر) *

* (فصل آخر) *

في هذا الفصل مسائل متفرقة يجمعها أصل واحد يعلق بكتاب القضاء وهو أن قول القاضي بانفراده قبل العزل وبعده مقبول أو لا قال (واذا قال القاضي قد قضيت الخ) إذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجعه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وسلك أن تفعل ذلك وهو ظاهر الرواية وعن محمد أنه رجس عن هذا وقال لا تأخذ بقوله ما لم تكن الشهادة بحضورك وهو رواية ابن سماعة عنه لأن قوله بمحتمل العاط والتدراك غير ممكن واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال قضاة زماننا وهي تقتضي أن لا يقبل كتابه أيضا إلا أنهم تركوها فيه للحاجة اليه وجه ظاهر الرواية أن القاضي (٤٤٢) أخبر عما يملك إنشاءه لأن المتولى يتمم من إنشاء القضاء ومن يتمم من الانشاء

(واذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجعه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وسلك أن تفعل ذلك) وعن محمد رحمه الله أنه رجس عن هذا وقال لا تأخذ بقوله حتى تعين الخ لأن قوله بمحتمل العاط والخطأ والتدراك غير ممكن وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال أكثر القضاة في زماننا إلا في كتاب القاضي للحاجة اليه وجه ظاهر الرواية أنه أخبر عن أمر يملك إنشاءه فيقبل لخلوه عن التهمة ولأن طاعة أولى الأمر واجبة وفي تصديقه طاعة وقال الإمام أبو منصور رحمه الله أن كان عدلا عالما يقبل قوله لا لعدم تهمة الخطأ والخيانة وإن كان عدلا جاهلا يستفسر فإن أحسن التفسير وجب تصديقه والافلاوان كان جاهلا فاسقا أو عالما فاسقا لا يقبل الآن يعين سبب الحكم لثمة الخطأ والخيانة

يقبل مولى ومعه ولا آخره (قوله وإذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجعه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وسلك أن تفعل) بمجرد اخباره هذا (وعن محمد رحمه الله أنه رجس عن هذا وقال لا تأخذ بقوله حتى تعين الخ) التي عنها حكم فيه بذلك قال الفقيه أبو الليث شروى عن محمد بن سماعة عن محمد بن الحسن أنه قال لا يسعد ذلك ما لم تكن الشهادة بحضورك وزاد جاعلا على هذا قالوا أو يشهد مع القاضي شاهد عدل على ذلك وهذا يفتقد أن القاضي يشهد وليس معناه الآن يشهد القاضي والعدل على شهادة الذين شهدوا بسبب الحد لا على حكم القاضي والا كان القاضي شاهدا على فعل نفسه وليس هناك من يشهد عنده إلا المأمور بأقامة الحدود وهذا بعيد في العادة أعني أن يشهد القاضي عند الجلاد بأنه شهد على فلان وفلان يؤدي الأمر عنه ولذا اقتصر محمد على معانية حضور الشهادة من المأمور وهذا (لأن العاط والخطأ في الحكم محتمل) لأن القطع بنفيهما ليس إلا لانباء عليهم الصلاة والسلام (وعلى هذا لا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي) لأن الاتهام ذم في خبره التي الركايب بمفرده واستحسن المشايخ هذه الرواية في هذا الزمان لفساد حال أكثر القضاة إلا في كتاب القاضي إلى القاضي) لأن فيه ضرورة إحياء الحقوق ولما كان عدم الاعتناء بعمله بالفساد والعاط اقتضى الحال التفصيل في التوقف لا إطلاقه (فقال الإمام أبو منصور أن كان القاضي عدلا عالما يقبل قوله لا لتغيب التهمة) في الدين بالعدالة والخطأ في الحكم بالعلم (وإن كان عدلا جاهلا استفسر فإن أحسن) في بيان سبب حكمه وشروطه (وجب تصديقه) للعدالة وترك المصنف قسمين آخرين وهو ما إذا كان فاسقا عالما أو جاهلا فإن الفسق مانع من الركون لاخباره بالاستفسار وكلمه بقصد المخالفة فلا يؤخذ بقوله ولا بتفسيره (وجه الظاهر أنه أخبر عن أمر يملك إنشاءه) في الحال (يقبل لخلوه عن التهمة) لأن التهمة إنما تتحقق في أخبار بار لا يمكن انشاؤه في الحال فيجوز عدم المطابقة أما إذا كان ذلك مما يقدر على انشاؤه في الحال فيجوز كونه أنشأه في الحال معانية الحاضر في ولا يخفى أن الذي

(قوله فإن أحسن التفسير) بأن يقول في حد الزنا أني استفسرت المقر بالزنا كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم أو أخذت نصابا من حرز لا شبهة فيه وأنه قتل عددا بلا شبهة وانما يحتاج إلى استفسار الجاهل لأنه وبما يظن بسبب جهله غير الدليل دليلا

وقبول قوله والافلاوان بما يظن بسبب جهله غير الدليل دليلا والشبهة غير دارنة وإن كان جاهلا فاسقا أو عالما فاسقا لا يقبل قال (قوله ما لم تكن الشهادة بحضورك) أقول أو الاقرار بحضورك (قوله لأن قوله بمحتمل العاط) أقول لعل المراد بما يخط ما يعم الكذب (قوله وهو يقتضي أن لا يقبل كتابه أيضا) أقول يعني مطالع قوله ومن يتمم من الانشاء الخ أقول فيه تركاكة

ا كتب به ما ش نسخة لعامة البحر أوى قوله في التوقف كذا في النسخ ولعله في القبول لا إطلاقه أي القبول نقوله لا إطلاقه في باقي الجامع الصغير من عدم تعديده بالعالم العدل فتدبر قوله وترك المصنف الخ لعل الخفة التي كتب عليها الشايخ لم يكن فيها القسمان المذكوران اه

عما أخبر به لم يتمم في خبره وفيه بحث وهو أنه من كان من ذلك يجحده أو بدونها والثاني ممنوع والاول يجري إلى غير ظاهر الرواية من معانية الخ لأن القاضي من أولى الأمر وطاعة أولى الأمر واجبة وفي تصديقه طاعة فيجب تصديقه وظاهر الرواية يدل على جواز الاعتناء على قوله من غير استفسار وقالوا به إذا كان القاضي عدلا عالما على هذا تنافي الاقسام العقلية كقول الإمام أبو منصور فإن كان عدلا عالما يقبل قوله لعدم تهمة الخطأ والعلم والخيانة لعدالة وهذا لا يحتاج إلى الاستفسار بالاتفاق وإن كان عدلا جاهلا يستفسر عن قضائه لبقاء تهمة الخطأ فإن أحسن تفسير القضاء بأن فسر على وجه اقتضاه الشرع مثل أن يقول مثلا استفسرت المقر بالزنا كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم وثبت عندي بالخبرة أنه أخذ نصابا من حرز لا شبهة فيه وأنه قتل عددا بلا شبهة وجب تصديقه

الآن بعين سبب الحكم لثمة الخطأ في الجهل والغباء في الفسق قال (وإذا عزل القاضي فقال لرجل الخ) المسافر غم من بيان ما يجبر به القاضي من قضاء في زمن ولايته شرع في بيان ذلك بعد عزله فإذا أخبر القاضي القاضي عليه بعد العزل بما قضى وأسند إلى حال ولايته فلا يجوز أن يصدق به فيما قل فلا كلام فيه أو يكذبه في حقيقة ويصدق به في كونه في زمن الولاية أو يكذبه (١٤٣) فيه فان كان الأول فاقول للقاضي

بلا خلاف وان كان الثاني فكذلك في الصحيح فعلى هذا إذا قال لرجل أخذت منك ألفا ودفعته إلى فلان قضيت بها عليك وقال لا خير قضيت به طبع يدك في حق فقال المأخوذ منه المال والمقطوع عنه فعلت ذلك في حال قضائك فلما قال قول القاضي لأنهما لما وافقا أنه فعل ذلك في قضاؤه كان الظاهر شاهدا له إذا القاضي لا يقضي بالجور وظاهر (ولا عين عليه) لأنه ثبت فعله في قضاؤه بالتصادق ولا عين على القاضي ولو أقر القاطع والأخذ بما أقر به القاضي لا يضمن أيضا) لأنه فعله في حال القضاء ودفع القاضي صحيح كما إذا كان معينا (ولو زعم المقطوع يده أو المأخوذ ماله أنه فعل قبل التقليد أو بعد العزل

قال (وإذا عزل القاضي فقال لرجل أخذت منك ألفا ودفعته إلى فلان قضيت بها عليك فقال الرجل أخذتها طمعا قال قول القاضي وكذا قال قضيت به طمعا يدك في حق هذا إذا كان الذي قطعت يده والذي أخذ منه المال مقرين أنه فعل ذلك وهو قاض) ووجهه أنهم لما وافقا أنه فعل ذلك في قضاؤه كان الظاهر شاهدا له إذا القاضي لا يقضي بالجور وظاهر (ولا عين عليه) لأنه ثبت فعله في قضاؤه بالتصادق ولا عين على القاضي ولو أقر القاطع والأخذ بما أقر به القاضي لا يضمن أيضا) لأنه فعله في حال القضاء ودفع القاضي صحيح كما إذا كان معينا (ولو زعم المقطوع يده أو المأخوذ ماله أنه فعل قبل التقليد أو بعد العزل

بذلك إنشاءه ليس إلا الحكم وهو لا يفيدان الاحتمال المانع قائم إذا عين الحكم وان لم يعين الشهادة والشروط ولذا قال محمد لا يسعه ذلك ما لم تكن الشهادة بحضرة ولم يقل الحكم فلا يفيد هذا الوجه شيئا ولما زاد من زاد على ما ذكر محمد قولهم أو يشهد مع القاضي عدل على ذلك احتجوا بأن يزيدوا وجهها آخر وهو أن العادة أن ينصب في كل بلدة قاض واحد ولو لم يكن خبر القاضي بانفراده حجة في الأرام لقلد في كل بلدة قاضيان وأنت سمعت ما قدمناه في تلك الزيادة وعلمت أن الاحتمال المذكور لا يزول بالعلم بسبب القضاء وهذا لا يتحقق عند المأمور إلا أن يحضر وقوع السبب أو يشهد عنه عدلان أنه شهد عند القاضي الأمر فلا وفلان على الوجه الغلاني وشهدوا بوفر الشروط وهذا لا يتوقف على تكثير القضاة بل على وجود الشهود قضاة كانوا أولا فلا يلزم لذلك تكثيرهم فاللزمة بين عدم قبول خبره بانفراده وتكثير القضاة ممنوعة (قوله وإذا عزل القاضي فقال لرجل الخ) صورتهما عزل القاضي فادعى عليه رجل أنه أخذ منه ألفا بغير حق أو قطع يده بغير حق فقال قضيت بها عليك فلان ودفعته إليه وقضيت به طمعا في حق قال قول القاضي ولم يحل في هذا حربان تلك الزاوية عن محمد رحمه الله لا في هذا في أمر فلابد أن يكون القول للقاضي والامتنع الناس من قبول القضاء إذا كان يتوجه عليه بعد العزل خصوصيات في نفس وأموال لا تنحصر حينئذ فلابد من كون القول له في هذا بخلاف ما قبله لأن القتل والقطع بعد لم يقع فكان أعمال ذلك الاحتمال مفيدان كون القول له على الاتفاق معيدا إذا كان المدعي مقر بأنه فعل ذلك وهو قاض لأنهما لما وافقا على ذلك صار كأن هذه الدعوى جرت وهو قاض والقول قوله في ذلك لما قلنا (و) لأن الظاهر أنه لا يقضي بالجور ثم لا عين على المعزول (لأنه ثبت فعله) وهو (في) حال (قضاؤه بالتصادق) ولو ادعى عليه في حال قضاؤه بذلك (لا عين عليه) فكذا بعده (ولو أقر القاطع) المأمور (أو الأخذ) للمال بأمر القاضي (بما أقر به القاضي) وهو أن القطع منه والأخذ كان بقضاء القاضي بالأخذ وأمره بالدفع (لا يضمن أيضا) كالقاضي لأنه أقر أنه فعله في حال قضاؤه وهو كالمأخوذ كان دفع القاضي المال إلى الأخذ معينا للمأخوذ منه في حال قضاؤه وبصبر القطع بأمر المقطوع أنه قطع في حال قضاؤه كالمعين للحاكم الذي رفع إليه المقطوع واقعه (ف) لما (لو زعم المقطوع والمأخوذ ماله أنه فعله قبل التقليد) أو بعده والقاضي يقول بل فعلته في حال قضائي فقبضه (قوله ولا عين عليه) أي على القاضي لأنه لو لم يميز لصار خصما وقضاء الخصم لا ينفرد القاضي أمين لا خصم (قوله ولو أقر القاطع أو الأخذ) أي لو أقر القاطع بأمر القاضي أو الأخذ للمال بأمر القاضي بالقطع والأخذ بقضاء القاضي لا يضمن أيضا كالقاضي لأنه أي لأن القاطع أو الأخذ فعله في حال القضاء فلا يضمن (قوله ودفع القاضي صحيح) أي ودفع القاضي المال إلى الرب الدين أو المسحق الذي هو الأخذ صحيح لأنه دفعه

(قوله أو يكذبه في حقيقة) أقول ظاهره لا يقابل الاحتمال الأول (قوله لأنه ثبت فعله الخ) أقول فيه بحث حيث غير ترتيب المصنف فلم يظهر كون قوله لأنه ثبت الخ تعليلا لأي شيء قال المصنف (ولا عين على القاضي) أقول قال في الكافي لأنه لو لم يميز لصار خصما وقضاء الخصم لا ينفذ اه وفيه بحث والأولى أن يقال أنالوا وجبنا ليمين والضمنان عليه في مواضع اليمين والضمنان لا يمتنع الناس عن الدخول في القضاء فتعمل أمور الناس قال المصنف (ولو زعم المقطوع يده الخ) أقول قال في السنة السرخسي إذا زعم المدعي أن القاضي فعل ذلك بعد العزل

فأقول أيضا للقاضي أسند فعله إلى حالة منافسة للضمان لمساير أن حالة القضاء تنافي الضمان فالقاضي بذلك الاسناد منكسر وأقول للمتنكر فصار اسناد القاضي ههنا كاسناد من عهد منة الجنون إذا قال طلقت وأعتقت وأنا جنون إذا كان ذلك منه معلوما بين الناس فإن القول قوله حتى لا يقع الطلاق والعناق لا منافسة إلى حالة منافسة لا يقع وانما قال هو الصحيح احترازا عما قال شمس الأئمة السر حسي ان القول قول المدعي في هذه الصورة بناء على أن المنازعة اذا وقعت في الماضي تحكم الحال وفي هذه الحال فعليه موجب للضمان

كان القول قول المدعي لأن هذا (٤٤٤) الفعل حدث فيضاف إلى أقرب أوقاته ومن ادعى تاريخا سابقا لا يصدق الا

بجحة لأن الأصل أنه متى وقعت المنازعة في الاسناد يحكم الحال كما اذا اختلفا في جريان ماء الطاحونة وهو لو فصل في هذه الحالة يجب عليه الضمان فلا يصدق في الاسناد إلا بجحة بخلاف المسئلة الأولى لأنه ثبت الاسناد بصدقها والصحيح هو الأول وهو اختيار غير الاسلام على البردوي والصادر الشهيد ونظيره اذا قال العبد لغيره قطعت يدي وأنا عبد وقال المقر له بل قطعتها وأنت حر كان القول قول العبد وكذا اذا قال المولى لعبد قد أعتقه أخذت منك غلة كل شهر خمسة دراهم وأنت عبد وقال المعتق أخذتها بعد العتق كان القول قول المولى وكذا لو كسب بالبيع اذا قال بعث وسلمت قبيل العزل وقال المولى كل بعد العزل كان القول للمولى كسب ان كان المبيع مستهلكا كان قائما فالقول قول المولى لأنه أقرب بالاختصاص بالإضافة ثم يدان التملك عليه فكان مدعيها وكذا الوصي لو ادعى بعد بلوغ اليتيم أنه أنفق عليه كذا وهو في يده وادعى اليتيم أنه استهلكه فالقول قول الوصي ذكره المحبوبي واستشكل بما ذكره في باب حناية المملوك فيمن أعتق جاريته ثم قال لها قطعت يدي وأنت أمي فقالت بسل وأنا حرة فالقول لها وكذا كل ما أخذ منها عند أبي حنيفة وأبي يوسف مع أنه منكسر باسناد إلى الحالة المعهودة المنافسة للضمان ولو قلت أقر هناك بسبب الضمان وهو القطع ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع فههنا أيضا أقر بسبب الضمان وهو اقراره للمقر له بشي ثم ادعى ما يبرئه بذهاب العقل وكذا القاضي اذا أقر بعد العزل بالاختصاص ثم ادعى ما يبرئه بالاسناد وكذا الوصي أحجب بالفرق بأن المولى أقر باخذ مال الغير وادعى جهة التملك لنفسه فيصدق في الاقرار لافي جهة التملك كقولنا أخذت منك الغاهي ديني عليك أو الهبة لي وهبتها أو أنكر في حالة القضاء فانظروا انه دفعه بحق فيمكن دفعه بها كما اذا كان معينا أي كما اذا كان دفع القاضي المال إلى الاخذ بحكم القضاء في معانية المأخوذ منه مال حكمه لا يضمن الاخذ فكذا اذا أقر بما أقر به القاضي (قوله فالقول للقاضي أيضا وهو الصحيح) وقال شمس الأئمة السر حسي رحمه الله اذا زعم المأخوذ منه أو الغلة لا يصدق في الغلة القائمة لأنه أقرب بالاختصاص بالإضافة يدعي عليه التملك كذا في شرح الزيلعي والنهاية وراجع الدراية والعبارة (ولو للزيلعي وقال الزيلعي أو رد في النهاية على المسائل المتقدمة ما اذا أعتق المولى أمته ثم قال لها قطعت يدي وأنت أمي فقالت هي قطعتها وأنا حرة كان القول قولها وكذا في كل شيء خذ منها عند أبي حنيفة وأبي يوسف مع أنه منكسر للضمان باسناد الفعل إلى حالة منافسة له وأجاب بالفرق بينهما من حيث ان المولى أقر باخذ مالها ثم ادعى التملك لنفسه فيصدق في اقراره ولا يصدق في دعواه التملك له وكذا لو قال لرجل أكلت طعامك باذنك فأنكر الاذن يضمن المقر وهذا الفرق ليس بمخلص والله أعلم اه لعدم جريانه في صورة النزاع في أخذ غلة العبد وقطع يد الامة كالاختصاص (قوله كاسناد من عهد منة الجنون الخ) أقول في التشبيه لطافة لا تخفى (قوله في هذه الصورة) أقول في الاطلاق تامل

فأقول أيضا للقاضي أسند فعله إلى حالة منافسة للضمان لمساير أن حالة القضاء تنافي الضمان فالقاضي بذلك الاسناد منكسر وأقول للمتنكر فصار اسناد القاضي ههنا كاسناد من عهد منة الجنون إذا قال طلقت وأعتقت وأنا جنون إذا كان ذلك منه معلوما بين الناس فإن القول قوله حتى لا يقع الطلاق والعناق لا منافسة إلى حالة منافسة لا يقع وانما قال هو الصحيح احترازا عما قال شمس الأئمة السر حسي ان القول قول المدعي في هذه الصورة بناء على أن المنازعة اذا وقعت في الماضي تحكم الحال وفي هذه الحال فعليه موجب للضمان

عليه وهو بهذا الاسناد يدعي ما يسطر الضمان عنه وأما في الأولى فقد نصادق أنه فعله وهو قاض وذلك غير موجب للضمان عليه ظاهر إلا الأصل أن يكون قضاؤه محققا ولكن في عامة نسخ الجامع الصغير ما ذكرنا أن القول للقاضي (ولو أقر القاطع والآن خذ في هذا الفصل بما أقر به القاضي ضمة لأنهم ما أقر بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن (٤١٥) نفسه لا في إبطال سبب الضمان على غيره

بخلاف الأولى لأنه ثبت فعله في قضاؤه بالتصادق لا يقال إلا خذ والقاطع في الصورة الثانية أسند الفعل إلى حالة منافسة للضمان فكان الواجب أن لا يضمننا كالقاضي لأن جهة الضمان واجبة لأن أقر الرجل على نفسه بسبب الضمان جهة قطعية وقضاء القاضي حجة ظاهرة والظاهر لا يعارض القطعي وهذا يقتضي وجوب الضمان على القاضي أيضا لكن ذلك يؤدي إلى تضييع الحقوق بالامتناع عن الدخول في القضاء مخافة الضمان (ولو كان المال باقيا في يد الآخر وأقر بما أقر به القاضي أخذ منه المال سواء صدقه المأخوذ منه المال في أنه فعله في قضاؤه وأدعى أنه فعله في غير قضاؤه (لأن الآخر أنكر أن اليد كانت للمأخوذ منه فلا يصدق في دعوى تملكه الابتجعة وقول المعزول ليس بحجة فيه لكونه شهادة فرد والله أعلم

(قوله لأن أقر الرجل إلى قوله لا يعارض القطعي) أقول الإقرار دليل ظاهر كافي أول كتاب الحدود

(ولو أقر القاطع أو الآخر خذ في هذا الفصل بما أقر به القاضي يضمنان) لأنهم ما أقر بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في إبطال سبب الضمان على غيره بخلاف الأولى لأنه ثبت فعله في قضاؤه بالتصادق (ولو كان المال في يد الآخر خذ قاضا وقضاؤه بما أقر به القاضي والمأخوذ منه المال صدق القاضي في أنه فعله في قضاؤه وأدعى أنه فعله في غير قضاؤه يؤخذ منه) لأنه أقر أن اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه الابتجعة وقول المعزول فيه ليس بحجة

الآخر كان القول لا يخرج كذا القول أكلت طعامك باذنك وقال بغير إذنك فالحق لصاحب الطعام بخلاف القاضي والوكيل والوصي لأنهم ما ادعوا جهة التملك لأنفسهم وكذا في دعوى الطلاق والعناق ما ادعوا التملك لأنفسهم لما هو ملك الغير فكان القول قولهم في إضافتهم إلى الحالة المعهودة المنافسة (قوله ولو أقر القاطع أو الآخر خذ في هذا الفصل) وهو فصل زعم المأخوذ منه والمقطوع أن القاضي فعل ذلك قبل التقليد أو بعد العزل فأقر القاطع والقاضي أني فعلت ذلك بأمر القاضي وهو على قضاؤه والمأخوذ منه والمقطوع يده يقول بل قبله أو بعده (يضمنان) ولا يضمن القاضي (لأنهم ما أقر بسبب الضمان) وهو ما أشرتم ما لاخذ والقطع (وقبول قول القاضي) في ذلك (لدفع الضمان عن نفسه) بسبب خصمه وهو كى لا يمنع الناس عن قبوله فتضييع الحقوق وهي مفسدة عظيمة فلا يوجب بطلانه عن غيره لعدم الاشتراك في ذلك السبب وقوله (ولو كان المال في يد الآخر خذ قاضا) هذا قيد فيما يلزم جواب المسئلة المذكورة في صورتين بحسب الظاهر فان لازم كون القول للقاضي والقاطع والآخر خذ في صورة التصديق على أن الفعل كان في حالة القضاء أنه لا رجوع بالمال المأخوذ ولا مأخوذ منه مطاافا فانه قد حكم بنفاذ قوله فافاد أن ذلك أعني عدم الرجوع فيما إذا كان المأخوذ هالكاً ما إذا كان قائماً فيؤخذ من القاض سواء صدق القاض في أنه أخذ في حال قضاؤه أو كذبه وقال بل قبل التقليد أو بعد العزل عليه محمدي الزيادة فقال لأن الشيء قائم بعينه فلا يصدق أنه أخذ على وجه الحكم قالوا عنه أن القاضي ما أقر بالاختصاصير شاهد الغير بالكلام الثاني وأقراره بالاختصاصير شهادته بالملك لغيره باطلة ولأن القاض بسبب الضمان حيث أقر أن اليد كانت للمأخوذ منه فلا تسمع دعواه التملك عليه إلا بينة وقول المعزول ليس بينة عليه لأنه ليس شاهد بالدين بل بفعل نفسه المنافي للضمان

المقطوعة يده أنه فعل ذلك بعد العزل فان القول قوله لأن هذا الفعل حادث فاما بحال بحسب دونه إلى أقرب الاوقات ومن ادعى فيه تارة بخلافه لا يصدق الابتجعة (قوله وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في إبطال سبب الضمان على غيره) فان قيل قد وجد الاسناد منهما أيضا إلى حالة معهودة منافسة للضمان فيجب أن لا يضمننا أيضا كالقاضي قلنا ان هذه جهة يعارضها ما هو أقوى منها تقتضي وجوب الضمان وهو الإقرار بسبب الضمان وهو حجة قطعية وما ذكر من قضاء القاضي في حقهما حجة ظاهرة فان قيل هذا الوجه ثابت في حق القاضي أيضا قلنا لو أوجبنا الضمان على القاضي لا تمنع الناس عن قبول القضاء ولأن حالة القضاء منافسة للضمان القاضي لا يحال فكان الاسناد اليها مفيداً أو أما اسناد غير القاضي فعله إلى حالة القضاء غير مفيد لأن ذلك لا ينافي الضمان لا يحال لأنه كمن غاصب يغيصب مال غيره والقاضي في منصب القضاء وما ادعى من القاضي أمره بالقطع والآخر غير ثابت لعدم الحجة والكلام فيه وقول القاضي المعزول في حقه شهادة فرد فلا تسمع والله أعلم

الآن مراد بالقطعة كونه أقوى من قضاء القاضي (قوله لكن ذلك يؤدي إلى تضييع الحقوق الخ) أقول هذا جواب عن النقص بتغيير الدليل والأولى أن يجاب كافي النهاية بجمع قوله الآخر خذ والقاطع أسند الفعل إلى حالة منافسة للضمان فان حالة القضاء لا تنافي للضمان في حق غير القاضي لأنه كمن غاصب يغيصب مال غيره والقاضي في منصب القضاء قائم وأخذ به بأمر القاضي لم يثبت لعدم الحجة فالكلام فيه وكذا حال القطع فليتأمل والله أعلم

* (كتاب الشهادات) * أراد هذا الكتاب عقيب كتاب أدب القاضي ظاهراً المناسبة إذ القاضي في قضائه يحتاج إلى شهادة الشهود وعند انكار الخصم ومن يماسن الشهادة بالحق أنهم ما مور بهم قال الله تعالى كونه قوامين لله شهداء بالقسط فلا يمدن حسنه وهي في اللغة عبارة عن الاخبار بصحة الشيء عن مشاهدة وعيان ولهذا قالوا أنهم مشتقة من المشاهدة التي تنبئ عن المعانيته وفي اصطلاح أهل الفقه عبارة عن اخبار صادق في مجلس الحكم بلغظ الشهادة فلاخبار الصادقة غير الشهادات وسبب تحملها معانيها ما يتبعها من مشاهدته بما يخص به شهادته من السماع في المجموعات والابصار في المبصرات ونحو ذلك وسبب أدائها ما يطلب المدعى منه الشهادة أو خوف فوت حق المدعى إذا لم يعلم المدعى كونه شاهداً وشرطها العقل الكمال والضبط والولاية والقدر على التمييز بين المدعى والمدعى عليه والاسلام ان كان المدعى عليه مسلماً وحكمها وجوب الحكم على الحاكم مقتضاها والقياس لا يقتضي ذلك لاحتمال الكذب لكن لما شرط العدالة ليرجع جانب الصدق ووردت النصوص بالاستشهاد جعلت موجبة قال (الشهادة فرض (٤٤٦) تلزم الشهود الخ) أداء الشهادة فرض يلزم الشهود بحيث لا يسعهم كتمانها أو كد الغرض

* (كتاب الشهادات) *
قال الشهادة فرض تلزم الشهود ولا يسعهم كتمانها إذا طالبهم المدعى

* (كتاب الشهادات) *

يتبادر أن تعدد على القضاء أولى لان القضاء موقوف عليها إذا كان ثبوت الحق بها لأنه لما كان القضاء هو المقصود من الشهادة قدمه مقدمة للمقصود على الوسيلة والشهادة لغة اخبار قاطع وفي عرف أهل الشرع اخبار صادق لا ثبات حق بلغظ الشهادة في مجلس القضاء فتخرج شهادة الزور فليست شهادة وقول القائل في مجلس القاضي أشهد برؤية كذا البعض العرفيات وسبب وجوبها طلب ذى الحق أو خوف فوت حقه فان من عنده شهادة لا يعلم بها صاحب الحق وخاف فوت الحق يجب عليه أن يشهد بلا طلب وشرطها البلوغ والعقل والولاية فتخرج الصبي والعبد والسمع والبصر للعاجز إلى التمييز بين المدعى والمدعى عليه ولم يذكر الاسلام لان الدين أصل الشهادة في الجملة وركزها اللفظ الخاص الذي هو متعلق الاخبار وحكمها وجوب الحكم على القاضي والقياس يوجب جوازها لكنه ترك بقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم وانظروا من الكتاب والسنة كثيرة وسببية الطلب ثبتت بقوله تعالى ولا يابى الشهاداء إذا مدعوا وسببية خوف الفوت بالمعنى وهو ان سببية الطلب إنما ثبتت كى لا يفوت الحق (قوله الشهادة فرض) يعنى إذا وها بعد العمل فانها تعال للتحصل

* (كتاب الشهادة) *

الشهادة في اللغة هي الاخبار بصحة الشيء من مشاهدة وعيان فعلى هذا قالوا أنهم مشتقة من المشاهدة التي تنبئ عن المعانيته لان السبب المطابق للاداء المعانيته وقيل هي مشتقة من الشهود بمعنى الحضور لان الشاهد يحضر مجلس القضاء للاداء فسمى الحاضر شاهداً وأدائه شهادة وهي في الشرع عبارة عن اخبار بصدق مشروطا فيه مجلس القضاء ولفظ الشهادة فقولنا اخبار بصدق جنس يدخل تحته الاقرار والدعوى والانكار والشهادة فان كل واحد منها اخبار بصدق إذا كان الامر على وفاق ما قالوا فان الاقرار اخبار بما في يده لغيره والدعوى اخبار بما في يده لغيره لانكاره لنفسه والانكار اخبار بما في يده لنفسه والشهادة اخبار بما في يده لغيره

بوصفين وهو اللزوم وعدم سعة الكتمان دلالة على تأكده وشرط مطالبة المدعى بتحقيقه بالسبب الاداء على ما أمر

* (كتاب الشهادات) *

(قوله أذ القاضي في قضائه يحتاج إلى شهادة الشهود) أقول لا يقال فيلزم أن يقدم على أدب القاضي لان المقاصد تقدم على الوسائل مع أن المحتاج هو القاضي فيلزم تحققة أولاً واليه تشير عبارة الشارح (قوله ومن يماسن الشهادة بالحق الخ) أقول أى ومن عرفات حسنه ويؤيده قوله فلا يمدن حسنه والافكون الحسن عبارة عن نفس كونه مأموراً به مذهب الاشعري ولا ترغيبه الحنفية (قوله فلا يمدن حسنه) أقول ذكر ضمير

الشهادة باعتبار أنهم ما مور بها (قوله بصحة الشيء) أقول أى بثبوتها (قوله أنهم مشتقة من المشاهدة) أقول لقوله

بالاشتقاق الكبير (قوله وفي اصطلاح أهل الفقه عبارة عن اخبار صادق) أقول فاطلاق الشهادة على الزور مجاز من قبيل اطلاق البيع على بيع الحق واطلاق اليمين على الغموس وقدم في الايمان (قوله فلاخبار كالجنس يشعها) أقول ويشمل سائر الاخبار الصادقة (قوله وسبب تحملها) أقول فحمل الشهادة التي هي الاخبار مبنى على الكلام النفسى والشهادة تطابق على ما يتحمل بالاشتراك اللفظي (قوله معانيته ما يتبعها) أقول لا يثبتانه بقوله وسبب أدائها) أقول الظاهر أن المراد بسبب وجوب أدائها (قوله إذا لم يعلم المدعى كونه شاهداً) أقول والحال أنه لو لم يشهد يفوت حق المدعى (قوله والقدر على التمييز الخ) أقول يعنى التمييز بالبرهان (قال المصنف الشهادة فرض يلزم الشهود إذا وها ولا يسعهم كتمانها إذا طالبهم المدعى) أقول الظاهر أن الواو ليست في حملها الكمال الاتصال بين الجائتين فان الثانية تأكيد لا لولى الا اذا عمل قوله إذا طالبهم قيداً للثانية فقط فتمتل

واستدل بقوله تعالى (ولا يابى الشهاداء اذ امدادوا) أى ليقبوا الشهادة أو ليحملوها وهو شاهد باعتراف ما تؤول اليه وهو بظاهره يدل على النهى عن الالباء عند الدعوى وقوله تعالى (ولا تسكنوا والشهاداء ومن يكتمها فانه آثم قلبه) وهو بظاهره يدل على النهى عن كتمانها على وجه المباغة والنهى عن أحد النقيضين وهو الكتمان يستلزم ثبوت النقيض الآخر للتلازم فيرفع النقيضان فاذا كان الكتمان منهيًا عنه كان الاعلان نابتًا وهو يساوى الاظهار فيكون نابتًا وثبوته بالاداء ومالم يجب لا يثبت فيكون اظهار الاداء واجبا قال في النهاية النهى عن الشئ لا يكون أمرا بضده اذا لم يكن له ضد واحد وماذا كان فهو أمر به كالنهي عن الكتمان عما في الارحام فانه أمر بضده وليس بالصحيح من المذهب ما عرف في أصول الفقه (وإنما يشترط طلب المدعى لانها حق فیتوقف (٤٤٧) على طلبه كسائر الحقوق) ونوقض بما

اذا علم الشاهد الشهادة ولم

يعلمها المدعى ويعلم الشاهد

أنه لم يشهد بضد حقه

فله يجب عليه الشهادة ولا

طلب ثمة والجواب أنه الحق

(قوله واستدل بقوله تعالى

ولا يابى الشهاداء اذ امدادوا

أى ليقبوا الشهادة أو

ليحملوها) أقول الاستدلال

بالآية الكريمة على

المطلوب وموقوف على أن

يكون المراد اذ ادعوا اليه لقبوا

الشهادة فلا وجه لقوله أو

ليحملوها في هذا المقام بل

الوجه أن يقلد ليحملوها

لانهم قبل العمل ليسوا

بشهاداء ولا ضرورته دعوا

الى ارتكاب الجناح (قوله

وهو شاهد باعتراف

ما بول اليه) أقول أى على

الاحتمال الثانى (قوله يدل

على النهى عن كتمانها على

وجه المباغة) أقول حيث

أكد النهى بتأكيد بعد

تأكيد وهو قوله تعالى

ومن يكتمها فانه آثم قلبه

ألا يرى الى نسبة الاثم الى الكاتم ثم الى قلبه الذى هو أشرف أعضائه اذا فسد فسد جميع الجسد (قوله والنهى عن أحد النقيضين الخ) أقول وأخصر منه أن يقال النهى عن أحد النقيضين يستلزم امتناعا شرعا فيجب النقيض الآخر (قوله كان الاعلان نابتا) أقول وفي معراج الدراية النهى عن الشئ يكون أمرا بضده اذا كان له ضد مقصود بامر آخر وهذا كذلك لان الادعاء منصوص بقوله تعالى وأقبوا الشهادة (قوله ومالم يجب لا يثبت) أقول أى لا يلزم ثبوته فيجوز ارتفاع النقيضين (قوله وليس بالصحيح من المذهب) أقول بل هو الصحيح من المذهب على ما صحبه التوضيح وغبزه قال الشيخ الامام راج الدين الهندواوى في شرح المغنى أما النهى عن الشئ فامر بضده اذا كان له ضد واحد بانفاقهم كالنهي عن الكفر يكون أمرا بالاعيان وان كان له ضد اذ فقه الخلاف انتهى

لقوله تعالى ولا يابى الشهاداء اذ امدادوا وقوله تعالى ولا تسكنوا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وانما يشترط طلب المدعى لانها حقه فیتوقف على طلبه كسائر الحقوق

كما يقال للاداء في العرف من غير ملاحظة المتكلم مسوقا لا لطلاق في قصد العمل فيكون معتبرا مشتركا لفظيا عند عرف أهل المتكلم وانفراض الاداء الا في الحدود مجمع عليه وقوله تعالى ولا يابى الشهاداء اذ امدادوا محتمل أن يراد النهى عن الالباء عن العمل اداعى اليه ويكون اسم الشهاداء مجازا فيمن سيتصف بالشهادة فيكون النهى لكراهة الالباء عن العمل كراهة تنزيه ومرجعه باختلاف الاولى لان العمل لما فيه من اعانة المسلم على حفظ حقه أولى ويحتمل أن يراد نهى مسمى الشهاداء عن الالباء وحقيقة الشهاداء من اتصف بالشهادة فيكون نهى من اتصف بالشهادة حقه من الالباء اداعى ولا اتصاف قبل الدعاء الالباء العمل فيلزم كون النهى عن الالباء وهو الراجح لما فيه من المحافظة على حقيقة اللفظ والاداء المأمور به لا يكون الا عند الحاكم فقد فرض سبحانه وتعالى على المتكلم أن يذهب اذ ادعى الى الحاكم للاداء وقال الله تعالى ولا تسكنوا الشهادة وهو يخرج الكتمان عن القاضى فيكون الاظهار للقاضى وهو الاداء فضاء عليهم لانه الضد الذى لا يتحقق الانتفاء عن المحرم الذى هو الكتمان الالباء ثم أكد سبحانه التحريم انقاد بالنهى بقوله تعالى ومن يكتمها فانه آثم قلبه وهو تأكيد كيدى لا كيد لان قوله تعالى فانه آثم تأكيد واضافة الاثم الى القلب الذى هو

لغيره وقوانا مشروطا في مجلس القضاء ولفظ الشهادة فصل لهذه الاخبارات وسائر الاخبارات الصادقة غير الشهادة قال الشهادة فرض يلزم الشهود اذا وها ولا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعى لقوله تعالى ولا يابى الشهاداء اذ امدادوا والنهى عن الالباء عند الدعاء أمر بالحضور عند الدعاء وقوله ولا تسكنوا الشهادة والنهى عن الكتمان أمر بالاظهار وقوله ومن يكتمها فانه آثم قلبه وعيدوا بتحقيق الوعيد بترك الواجب ثم لم يقتصر على قوله آثم لزيادة التأكيد أن اسناد الفعل الى الجرحا التي يعمل بها يبلغ من الاسناد الى الجلة ألا ترى انك تقول اذا أردت التأكيد هذا مما أضرته عيني ومما سمعته أذنى ولان القلب رئيس الاعضاء والمضغة التي ان صلت صلح البدن كله وان فسدت فسد البدن كله ولان أفعال القلوب أعظم من أفعال سائر الجوارح ألا ترى ان أصل الحسنات والسيئات الايمان والكفر وهما من أفعال القلوب فلم يجعل كتمان الشهادة من آثم أفعال القلوب كان هو مشهورا عليه بأن الكتمان من أعظم الذنوب فان قيل النهى عن الشئ يقتضى في ضده اثبات سنة تكون في القوة كالواجب كذا كرى في أصول الفقه من أن المختار عندنا أن الامر بالشئ يقتضى كراهة ضده لأن يكون موجبا له ودلا عليه الى أن وكده على هذا القول يحتمل أن يكون النهى مقتضيا في ضده اثبات سنة تكون في القوة كالواجب ولهذا نالنا المحرم اسما من عن لبس الخيط كان من السنة لبس الارز والرداء فلهذا ان الامر بالاستغفار من النهى يثبت السنة لا الواجب المعاق فضلا عن الغرض قلنا

بالمطلوب دلالة فان الموجب للاداء عند الطلب احياء الحق وهو فيما ذكرتم هو جوده كان في معناه فالحق به لا يقال قد مر آتفاق طلب المدعى سبب لاداء الشهادة وهو خلاف ما ذكره المصنف بقوله وانما يشترط طلب المدعى فانه يدل على أن طلبه شرط وهو غير السبب لان معنى كلامه وانما يشترط وجود سبب الاداء وهو طلب المدعى فالطلب سبب وجوده شرط فلا مخالفة حينئذ فان قلت أما تجعله شرطاً وقوله تعالى ولا يابى الشهداء ولا تكتموا الشهادة سيما قلت نعم لانه خطاب وضع يدل على سببية غيره كقوله تعالى أقم الصلاة لدلوك الشمس قال (والشهادة في الحدود يخبر فيها الشاهد بين الستر والاظهار الخ) الشاهد في الحدود يخبر بين أن يستز وأن يظهر لانه يخبر بين أن يشهد بحسبة لله فيقام عليه الحد وبين أن يتوفى عن هتك المسلم بحسبة لله والستر أفضل نقلاً وعقلاً أما الاول فقوله صلى الله عليه وسلم الذي شهد عنده وهو رجل يقال له هزال الاسلى لو سترته بثوبك وفي رواية (٤٤٨) بردائك اسكان خير لك وقوله صلى الله عليه وسلم من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا

(والشهادة في الحدود يخبر فيها الشاهد بين الستر والاظهار)

والآخرة وما روى من تلقين الدرع عن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضي الله عنهم فان فيها دلالة طاهرة على أفضلية الستر قبل الاخبار معارضة لاطلاق الكتاب واعمالها نسخ لا طلاقه وهو لا يجوز تخبر الواحد واجب بان الآية محمولة على المدائنة لزولها فيها وادبان الاعتبار لعدم اللفظ لا لخصوص السبب والحق أن يقال القدر المشترك فيما قل عن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه في الستر والدرع متوافر في المعنى فجازت الزيادة به وقيل ان الخبر الاول ورد في ما عرّف وحكاية مشهورة يجوز الزيادة به وفيه نظر لان شهرة حكاية ما عرّف تستلزم شهرة الخبر الوارد فيها بالستر وأما الثاني فلان الستر والكتمان انما يحرم لخوف فوات حق المحتاج الى الاموال والله

أشرف أعضاء البدن ورئيسها كيد في تأكيد لانه هو محل الكتمان فهو محل المعصية بتمسكها بها بخلاف سائر المعاصي التي تخلق بالأعضاء الظاهرة فانها وان كانت مسبوبة بمعصية القلب وهو المم المصل بالفعال فليس هو محل لانه ماها قالوا يلزم اذا كان مجلس القاضي قريباً فان كان بعيداً فعن نصران كان بحال يمكنه الرجوع الى أهله في يومه يجب لانه لا ضرر عليه ولو كان شيخاً لا يقدر على المشي فاركبه الطالب لا بأس به وعن أبي سليمان فحين أخرج اليهود الى ضيعة فاستباح لهم حيزاً فركبوه لا تقبل شهادتهم وفيه نظر لانها العادة وهي اكرام الشهود وهو مأمور به وفصل في التنازل بين كون الشاهد شيخاً لا يقدر على المشي ولا يجد ما يستاجر به دابة فتقبل وما ليس كذلك فلا تقبل ولو وضع للشهود طعاماً فاكلوا ان كان مهياً قبل ذلك تقبل وان صنع له لاجلهم لا تقبل وعن محمد لا تقبل فيهما عن أبي يوسف رحمه الله تقبل فيهما وهو الاول وجه للعادة الجارية به عام من حل محل الانسان من يعز عليه شاهد أو لا يؤمنه ما تقدم من أن الاداء اذا كان بلا شرط ليقضى حاجته عند الامير يجوز كذا قبل وفيه نظر فان الاداء فرض بخلاف الذهاب الى الامير وعند الفقيه أبي بكر فحين لا يعرفه القاضي ان علم ان القاضي لا يقبله فرجو أن يسعه أن لا يشهد وفي العيون ان كان في الصلح جماعة تقبل شهادتهم وسعه أن يتنع وان لم يكن أو كان لكن قبولها مع شهادته أسرع وجب وقال شيخ الاسلام اذا دعي فاجر بلا عذر ظاهر ثم أدى لا تقبل لتتمكن التهمة فيه اذ يمكن أن تأخيره بعذر ويمكن أنه لا يستجاب الاجرة انتهى والوجه أن تقبل ويحمل على العذر من نسيان ثم تذكر أو غيره (قوله والشهادة في الحدود) أي الاداء في الحدود يخبر فيها بين الاداء والترك لان النهي في القرآن وان كان عاماً لكن ثبت تخصيصه بالشهادة على الحدود لما فيه من الستر في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم والذي هذا مما اذا لم يقصد ضده كادى بالقيام في الصلاة ليس بنهي عن القعود قصد أو ما اذا كان ضده مقصوداً كالامر بالامان يكون نهياً عن ضده اذ ضده مقصود بنهي امر ويجوز كذا النهي عن الشيء أمر بضده اذا كان ضده مقصوداً وفيما قلنا الضد مقصود بالامر لقوله تعالى وأقيموا الشهادة لله ولان الامر بشيء له ضد واحد يقتضي افتراض الضد ليحقق موجب النهي فان الانتهاء عن الكتمان في قوله تعالى ولا تكتموا الشهادة لا يتحقق الا بقاء الشهادة فكان أداء الشهادة فرضاً كفرضية الانتهاء عن الكتمان (قوله والشهادة في الحدود يخبر فيها الشاهد بين الستر والاظهار) لانه بين حسبتين اقامة الحدود والتوقي عن الهتك والستر أفضل

(قوله على أن طلبه شرط وهو غير السبب) أقول ولك أن تقول أطلق الشرط على السبب مجازاً (قوله لان معنى كلامه الى قوله فلا مخالفة حينئذ) أقول فيه بحث فان سببية الشيء للشيء لا يكون الا بعد وجود الشيء الاول فالوجود داخل في جملة السبب ولهذا لم يعد العقلاء وجودات العمل علة أخرى فافهم (قوله قلت نعم لانه خطاب وضع يدل على سببية غيره) أقول الاول مسلم والثاني ليس كذلك قال في التوضيح في تعريف الحكم الخطاب نوعان اما تكليفي وهو المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير واما وصفي وهو الخطاب بان هذا سبب ذلك أو شرط ذلك كالدلوك سبب للصلاة والوضوء شرط لاهار وقوله ورد بان الاعتبار لعدم اللفظ) أقول العموم مسلم لجواز أن يكون اللام للعهد أي شهداء الديون (قوله وقيل ان الخبر الاول ورد في ما عرّف) أقول اذا كان وارداً في حكاية ما عرّف ولم يثبت زناه بالشهادة فلا يصح قوله والذي شهد عنده فتأمل (قوله لان شهرة حكاية ما عرّف لا تستلزم شهرة الخبر الواحد فيها بالستر) أقول الظاهر أن يقال لا تستلزم شهرة الخبر الوارد فيها بالستر (قوله والكتمان انما يحرم لخوف فوات حق المحتاج) أقول التخصيص اضافي

لأنه بين حسبتين إقامة الحد والتوقي عن الهتك (والستر أفضل) لقوله صلى الله عليه وسلم للذي شهد عنده
لو سترته بشو بك لكان خيرا لك وقال عليه السلام من ستر علي مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وفيما نقل
من تلقين الدرر عن النبي عليه السلام وأصحابه رضي الله عنهم دلالة ظاهرة على أفضلية الستر

شهد عنده لو سترته.. و بك لكان خيرا لك كذا ذكره المصنف والمروى في الحديث أن هذا قاله صلى
الله عليه وسلم لهذا لذكره مالك في الموطأ عن يحيى بن سعيد بن زبير عن أنس بن مالك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
لو رجل من أسلم لم يقل له هزل لو سترته برءائك لكان خيرا لك والمراد به جمع الضمير في قوله سترته معز
رضي الله عنه مروى أبو داود عن يزيد بن زبير عن أبيه أن معاوية بن مالك أتى النبي صلى الله عليه وسلم فافترق
عنده أربع مرات فامر برجوه وقال له هزل لو سترته بشو بك لكان خيرا لك وان هزل هو الذي أشار على معاوية
أن يأتى النبي صلى الله عليه وسلم ويعرض عنده ولم يكن شاهد إلا معاوية فخرج أبو داود عن ابن
المنكدر أن هزل الأمر معاوية أن يأتى النبي صلى الله عليه وسلم فيخبره ورؤاه الحاكم وزاد وقال شعبة قال يحيى
فذكرت هذا الحديث بمجلس فيه يزيد بن زبير عن أبيه عن هزل فقال يزيد هذا هو الحق هذا حديث جدي وقال
صحيح الإسناد ورؤاه ابن سعد في الطبقات وفيه قال في هزل بشو ما صنعت لو سترته بطرف رءائك لكان خيرا
لك قال يارسول الله لم أدرك في الأمر سنة ومنه قوله صلى الله عليه وسلم من رواية أبي هريرة عن ستر علي مسلم
ستره الله في الدنيا والآخرة ورؤاه البخاري ومسلم وتلقين الدرر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أي تلقين
ما يحصل به الدرر دلالة ظاهرة على قصده إلى الستر والستر يحصل بالكتمان فكان كتمان الشهادة بالحدود
مخصوصا ممن عوم تحريمه فذلك ما أسند الطحاوي إلى أبي هريرة قال أتى بسارق إلى النبي صلى الله عليه وسلم
فقيل يارسول الله ان هذا مارق فقال ما حاله مرق وروى أبو داود أنه صلى الله عليه وسلم أتى بص قد اعترف
اعترافا ولم يوجده معه منع فقال له صلى الله عليه وسلم ما حالك سرق قال فاعاد مرتين أو ثلاثا فامر به فقطع
الحديث وروى عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعلسا عركت قلت أو غزرت أو نظرت قال لا
الحديث قد مر في الحدود فإن قلت كيف صح لك القول بتخصيص العام من الكتاب بهذه وهي أخبار آحاد
وأيضاً شرط التخصيص عندكم المقارنة ومن أين ثبت لك ذلك قلت هذه الأخبار الواردة في طلب الستر بلغت
مبلغاً لا تحيط به عن درجة الشهرة لتعدد متواتر قبول الأمة لها فصحت التخصيص بها وهي مستند الإجماع
على تغيير الشاهد في الحدود فثبت الإجماع دليل ثبوت المخصص وأما المقارنة فأنما هي شرط التخصيص في
نفس الأمر وهذا التخصيص الذي ادعينا هنا ليس بذلك بل هو جمع للمعارضة على ما كتبناه في التعارض
من كتاب تحرير الأصول من أن الجمع بين العام والخاص إذا تعارضاً بان يحمل على تخصيصه به فإذا وجب
الجمع حله على ذلك تضمن الحكم مناباً أنه كان مقارناً وانما ليست تخصيصاً أول (١) كما أننا إذا جئنا في
التعارض المحرم على المبيع وثبت صحتها تضمن حكمنا أن المبيع كان مقدماً على التحريم فنسخ حكمه لوجوب
ترجيح المحرم وإن لم يعلم تقدمه بعلم ناريحه وكثيراً ما يعترض بعض متأخري الشارحين على كثير من المواضع
المحكوم فيها بالتخصيص من أصحابنا بان المقارنة غير معلومة فلا يثبت التخصيص ومرادهم في تلك الأما كن
ما ذكرناه هذا كله إذا نظرنا إلى مجرد إطلاق قوله تعالى ولا ياب الشهادة إذا ما دعوا فما إذا قيدناه بما إذا دعوا
للاشهاد في الدين المذكور أول الآية أي قوله تعالى إذا نادى يقيم يدين إلى أجل مسمى فأكثبه ثم قال ولا ياب

لقوله عليه السلام الذي شهد عنده ولو سترته بشو بك لكان خيرا لك فان قيل هذا الذي ذكره معارض
لاطلاق قوله تعالى ولا تكتموا الشهادة وغيره من النصوص المقتضية لجوب الشهادة فإنها هذه الآية
محمولة على الشهاد في حقوق العباد بدليل سياق الآية وهي آية المدانة لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا
نادى يقيم يدين إلى أجل مسمى إلى أن قال ولا ياب الشهادة إلى ولا تكتموا الشهادة فكان الحديث المذكور
والدليل العقلي سائمين عن المعارضة ثم انهم حيدلان على التخيير وأفضلية الستر على ما هو المذكور في الكتاب

تعالى غنى عن العالمين وليس
ثمة خوف فوات الحق فبق
صيانة عرض أخيه المسلم
ولاشك في فضل ذلك

فان في عاقبة الامنة وطلان
المرأة يحرم الستر والكتمان
وليس ثمة خوف فوت حق
المحتاج فتأمل وجه الجواب
أن التخصيص اضافي
بالإضافة إلى حقوق الله
تعالى التي تستوفي لاحقيق
أو نقول المراد الخوف أو
الكتمان في الحقوق التي
تستوفي انما يحرم الخ
(١) قوله أول ضم الهمة
وفتح الواو جمع أولى

(قوله إلا أنه يجب أن يشهد) استثناء من قوله يخبر وهو منقطع لان الشهادة بالمال ليست بدخلة في الشهادة في الحدود وإنما يجب ذلك لان فيها احياء ملحق المسروق منه (٤٥٠) فيقول أخذ ولا يقول سرق بحافظة على السر ولا نه بين أمرين لا يجتمعان القطع والضمنان

(الأنه يجب أن يشهد بالمال في السرقة فيقول أخذ) احياء ملحق المسروق منه (ولا يقول سرق) بحافظة على السر ولا نه لوطهرت السرقة لوجب القطع والضمنان لا يجتمع القطع فلا يحصل احياء حقه (والشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها أربعة من الرجال) لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء (ولا تقبل فيهما شهادة النساء) لحديث الزهري رضي الله عنه مضت السنة من لدن رسول الله عليه السلام والخليفين من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص

الشهداء يعني بذلك الدين فظاهر (قوله إلا أنه يجب أن يشهد بالمال) استدراك من قوله يخبر في الحدود فإنه يقتضي أن لا يشهد بالسرقة فقد يتبادر أنه لا يشهد فيها مطلقا لاستلزامه الحد فقال يجب أن يشهد بالمال احياء ملحق مالكه على وجه لا يوجب الحد فيقول أخذ المال ولا يقول سرق فإن الأخذ أعم من كونه غصبا أو على ادعاء أنه ملكه مودعا عند المأخوذ منه وغير ذلك فلا تستلزم الشهادة بالأخذ مطلقا ثبوت الحد بهم مع أن فيه مصلحة للمسروق منه لانه اذا قال سرق فثبتت السرقة وجب القطع وبه ينتفي ضمن المال ان كان ألتفقه (قوله والشهادة على مراتب) أربعة منها (الشهادة في الزنا) والشهادة في بقية الحدود والقصاص والشهادة فيما سواها من المعاملات والشهادة فيما لا يطالع عليه الرجال من النساء أما على الزنا فيعتبر فيها أربعة من الرجال لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وروى ابن أبي شيبة حدثنا حفص عن عجاج عن الزهري قال مضت السنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفين بعده أن لا تجوز شهادة النساء في الحدود والدماء انتهى وتخصيص الخليفين يعني أبابكر وعمر رضي الله عنهما اللذان كان معظم تقرير الشرع وطرق الأحكام في زمانهما بعدهما كان من غيرهما الامتثال لاتباع ولان النص أو جوب أو بعترجال بقوله تعالى أربعة منكم فقبول امرأتين مع ثلاثه تخالف لما نص عليه من العدد والمعدود وغاية الامر المعارضة بين عموم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان وبين هذه فتقدم هذه لانها مع تلك مبيحة وأيضاً هذه تفيد زيادة قيدوزيادة القيد من طرق الدرر فإنه كلما كثرت قيود الشيء قل وجوده بالنسبة الى ما ليس فيه زيادة تعيد ولان فيها شبهة البدلية ولذا لا تقبل فيها الشهادة على الشهادة وذلك لان قوله تعالى فان لم يكونا رجلين الآية ظاهره أنه لا تقبل شهادتهن الا عند عدم رجال يشهدون وقد روى عن بعض العلماء ذلك فاعتبر حقيقة البسديسة لكن لم يكن ذلك معمولا به عند أهل الاجماع نزلت الى شبهة البدلية والشبهة كالحقيقة فيما يندرج في اشبهات وسائر ماسوى حد الزنا من الحدود يقبل فيها شهادة رجلين ولا تقبل النساء المذكرا وكذا القصاص وماسوى ذلك من المعاملات أي وكل ماسوى ذلك يقبل فيه رجلان أو رجل وامرأتان سواء كان

والمعنى فيه ان السر والكتمان انما يحرم لخوف فوت حق المدعى المحتاج الى احياء حقه من الاموال وذلك في حقوق العباد وأما الحدود فحق الله تعالى وهو تعالى موصوف بالكرم والغنى وليس فيه خوف فوت حقه في ذلك أن يختار الشاهد جانب السر وكان هو أفضل صيانة له تلك عرض أخيه المسلم (قوله منها الشهادة في الزنا) يعتبر فيها أربعة من الرجال لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فان قيل في هذه النصوص بيان تجاوز العمل بهذا العدد وليس فيها بيان في ذلك بدون العدد قلنا لمقادير في الشرع لمع الزيادة والنقصان أو لمنع ما وهذا التقدير لا يمنع الزيادة فلو لم يمنع النقصان لم يبق لهذا التقدير فائدة فكان هذا قضية متعلقة من جهة الشرع فينتهي الى ما أنها نال الشرع اليه (قوله والخليفين من بعده) أبو بكر وعمر رضي الله عنهما

وأحد هما حق الله تعالى والآخر حق العبد والسر الكلى ابطال لهما وفيه تضيق حق العبد فلا يجوز والاقدام على اظهار السرقة ترجيح حق الله الغنى على حق العبد المحتاج وهو لا يجوز في عين الشهادة على المال دون السرقة قال (والشهادة على مراتب ورتبها) الشرع على ما علم فيها من الحكمة فنها الشهادة بالزنا يعتبر فيها أربعة من الرجال لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ولفظ أربعة تعين في العدد والذكورة وأما الاسلام والعقل والعدالة فقد تقدم اشتراطها وما اشترط الاربعة فيه دون القتل العمد وغيره فالظاهر منه أن الله تعالى يحب السر على عباده ولا يرضى بأشاعة الفاحشة (ولا تقبل شهادة الذمساء لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفين) يعني أبابكر وعمر رضي الله عنهما (من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص) وتخصيصها بالذكر

(قال المصنف إلا أنه يجب أن يشهد بالمال في السرقة) أقول استدراك من قوله يخبر في الحدود اذ قد يتوهم منه أنه لا يشهد في السرقة مطلقا لاستلزامه الحد فقال يجب لدفعه (قوله ولفظ أربعة منكم) أقول فيه بحث الآن راد النص المصالح أو يكون الكلام على التشبيه (قوله فالظاهر منه أن الله تعالى يحب السر على عباده) أقول اذ وقوف الاربع على هذه الفاحشة إنما يتحقق

وردد في حقهم من قوله صلى الله عليه وسلم اقتدوا بالذين من بعدي أبي بكر وعمر (ولان في شهادتين شبهة البدلية لقيام مقام شهادة الرجال) في غير الحدود وقال الله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان على سباق قوله تعالى فن لم يجز فصيما ثلاثة ايام وانما قال شبهة البدلية لان حقيقة انما تكون فيما يمنع العمل بالبدل مع امكان الاصل كاللاية الثانية وليس شهادتين كذلك فانما جاز في مع امكان العمل بشهادة الرجلين واذا كان فيها شبهة البدلية (فلا تقبل فيما يندري بالشبهات ومنها الشهادة ببقية الحدود) كحد الشرب والسرقه وحد الغنم (والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم) فانه بعمومه يتناول المطلوب وغيره لما مر من عموم اللفظ وهو نص في بيان العدد والذ كورة والبلوغ خلا لآن باب الزنا خرج بما تلوينا فبقى الباقي على تناوله (قوله ولا تقبل شهادة النساء) ويجوز ان يكون جوابا عما يقال فلاية هذه عقبت بقوله فان لم يكونا رجلين فرجل (٤٥١) وامرأتان وليست شهادتين فيها

مقبولة ووجهه ان القران

في النظم لا يوجب القران

في الحكم ولئن اوجب فعدم

قبولها الماذكران من حديث

الزهرى وشبهة البدلية في

شهادتين فان قلت مامسك

الحديث من الاية ههنا

أخصيص أم نسخ قلت

مسلكه منها مسلك آية

شهادة الزمان من هذه هو اما

التخصيص ان ثبتت المقارنة

أو النسخ وقول الزهرى

مضت السنة من لدن

رسول الله صلى الله عليه وسلم

والخاتمتين يدل على تلقيه

لصدر الاول بالقبول فكان

مشهورا بنحو الزيادة به

قال (وما سوى ذلك من

الحقوق الخ) وما سوى

المرتبتين من بقية الحقوق

(مالا كان أو غيره

كالنكاح والطلاق والوكالة

والوصية) أي الوصاية

لانه في تعدد ادغير المال

(ونحو ذلك) يعني العتاق

تقبل فيها شهادة رجلين أو

كلا عارة والاجارة والسكافة

والاجل وشرط الخيار واستدل بان الاصل في شهادتين عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبطه صور الولاية فانما الاتصالح للاجارة (ولهذا)

أي ولان الاصل عدم القبول (لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهم) وحدهم انهم استثناء من ذلك الاصل في الاموال ضرورة احياء

حقوق العباد (لكثرة وقوعها ودون خطر هافلا يلقى بها ما هو أعظم خطرا أو أقل وجودا كالنكاح والطلاق والرجعة والاسلام والردة والبلوغ

والولاء والعدة والجرح والتعديل والعفو عن القصاص

(قوله وانما قال شبهة البدلية الى قوله مع امكان الاصل) أقول فيه ان ذلك في الخلف لا في البدل فان المسح على الخلف بدل عن غسل الرجل مع أنه

بصار اليه مع امكان المبدل منه فليست امل (قوله لما مر من عموم اللفظ) أقول فيه بحث (قوله والذ كورة والبلوغ) أقول وفي قاموس اللغة الرجل

يضم الجيم وسكونه مع رف وانما هو اذا احتلم وشب أو هو رجل ساعته يولد انتهى ففي قوله والبلوغ تأمل

لان فيها شبهة البدلية لقيام مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندري بالشبهات (ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين) لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم (ولا تقبل فيها شهادة النساء) لما ذكرنا (قال وما سوى ذلك من الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا أو غير مال مثل النكاح) والطلاق والعتاق والعدة والحالة والوقف والصلح (والوكالة والوصية) والهبة والاقرار والابراء والولد والولاد والنسب ونحو ذلك وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبطه وقصور الولاية فانما الاتصالح للاجارة ولهذا لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهم وحدهم لانها قبلت

الحق مالا الا كالنكاح والطلاق والوكالة والوصية ونحو ذلك كالعتق والرجعة والنسب وقال الشافعي لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها كالاذن وشرط الخيار والشفعة والاجارة وقتل الخطأ وكل جرح لا يوجب المال وكذا دفع العمد وقبض نجوم الكابة الانجم الخ غير نفيه وجهان لترتب العتق عليه لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبطه وكقول الشافعي رحمه الله قال مالك وعن أحمد روايتان رواية كقولنا رواية كقولهم ما وقصور الولاية حتى انها الاتصالح للاجارة ولا تقبل شهادة الاربع منهم لكن خرج عن الاصل شرعا في الاموال ضرورة لكثرة وقوع أسبابها فليحق الجرح بطا برجلين في كل حادثة وكذا العادة أن يوسع فيما يكثرو وقوعه بخلاف

(قوله ولان فيها شبهة البدلية) لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان قبل هذا النص ورد في المداينات لما مر فكيف يكون حجة في الحدود والقصاص قلنا العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب حتى ان هذه الاية جعلت حجة في غير المداينات من الحقوق التي تثبت مرة بالاقرار ومرة بالشهود ولا حتى تثبت شرعا بالشهود التي فوق الاثنين سوى حسد الزانفتين ثبوت سائر الحقوق بالاثنتين من الشهود ومن سائر الحقوق ببقية الحدود فثبت بشهادة رجلين وفي المبسوط ثم القياس أن يكفي بشهادة الواحد لان رجحان جانب الصدق يظهر في خبر الواحد بصفة العدالة ولهذا كان خبر الواحد العدل موجباً للعمل وكما لا يثبت علم اليقين بخبر الواحد لا يثبت بخبر العدد مالم يبلغوا حد التواتر فلا معنى لاشتراط العدد ولكن تركنا ذلك بالنصوص التي فيها بيان العدد في الشهادات المطلقة كقوله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم (قوله كما ذكرنا) اشارة الى حديث الزهرى وما ذكر من شبهة البدلية (قوله والوصية) أي الابصاء لانه في تعدد ادغير المال (قوله ونحو ذلك) كالعتاق والنسب (قوله وتوابعها) كلاجارة والاجارة والسكافة والاجل

رجل وامرأتين بما تلوينا (وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها) كلاجارة والاجارة والسكافة والاجل وشرط الخيار واستدل بان الاصل في شهادتين عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبطه صور الولاية فانما الاتصالح للاجارة (ولهذا) أي ولان الاصل عدم القبول (لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهم) وحدهم انهم استثناء من ذلك الاصل في الاموال ضرورة احياء حقوق العباد (لكثرة وقوعها ودون خطر هافلا يلقى بها ما هو أعظم خطرا أو أقل وجودا كالنكاح والطلاق والرجعة والاسلام والردة والبلوغ والولاء والعدة والجرح والتعديل والعفو عن القصاص

(قوله وانما قال شبهة البدلية الى قوله مع امكان الاصل) أقول فيه ان ذلك في الخلف لا في البدل فان المسح على الخلف بدل عن غسل الرجل مع أنه بصار اليه مع امكان المبدل منه فليست امل (قوله لما مر من عموم اللفظ) أقول فيه بحث (قوله والذ كورة والبلوغ) أقول وفي قاموس اللغة الرجل يضم الجيم وسكونه مع رف وانما هو اذا احتلم وشب أو هو رجل ساعته يولد انتهى ففي قوله والبلوغ تأمل

(ولنا أن الأصل فيها القبول لو جرد ما يمتنى عليه أهلية الشهادة وهو المشاهدة) التي يحصل بها العلم والضبط الذي يثبت به العلم إلى وقت الاداء والاداء الذي يحصل به العلم للقاضي (ولهذا) أي ولكون القبول أصلاً فيها (قبل اخبارها في الاخبار) ولعنا أن يقول ما ذكرتم مما يمتنى عليه أهلية الشهادة إما أن يكون له أو شرطاً لا سبيل إلى الأول لأن أهليتها بالحرية والاسلام والبلوغ والمشاهدة والضبط والاداء ليست بعلة لذلك لاجتماعها لافرادى والثاني كذلك لعدم توقعها عليها كذلك لاجتماعها لافرادى على أنه لا يلزم من وجودها وجود المشر وط والجواب أن أهلية الشهادة هيئة شرعية تحصل بمجموع ما ذكر من الحرية والاسلام والبلوغ وأما المشاهدة والضبط والاداء فليست بعلة لها وإنما هي علة لأهلية قبولها فإنا لو فرضنا وجود أهلية الشهادة بالاسلام والبلوغ والحرية يقول الذكور أيضاً وفاته أحد الأمور المذكورة للمشاهدة أو الضبط أو الاداء إذا أدى بغير لفظة الشهادة لم تقبل شهادته وإن كانت علة استلزم وجودها وجود معلولها وهو القبول وعلى هذا يرد في كلام المصنف مضاف أي أهلية قبول (٤٥٢) الشهادة (قوله ونقصان الضبط) جواب عن قول الشافعي واختلال الضبط وتوجيه

أن يقال إن ذلك بعد التسليم انجبر بضم الأخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الأشبهة البدلية فلا تقبل فيما يندرى بالشبهات وتقبل فيما يثبت بها وهذه الحقوق المذكورة من النكاح وغيره مما يثبت بها أما النكاح والطلاق فظاهر لثبوتهما مع الهزل وأما الوكالة والايضاء والاموال فإنه يجري فيها كتاب القاضي إلى القاضي والشهادة على الشهادة وذلك إمارة ثبوتها مع الشبهة فلذلك تثبت بشهادة النساء مع الرجال ولم يذكر الجواب عن قوله لنقصان العقل ولا عن قوله لقصور الولاية والجواب عن الأول أنه لا نقصان في عقلمن فيها ومناط التكليف وبيان ذلك أن للنفس الإنسانية أربع

مراتب الأولى استعداد العقل ويسمى العقل الهولاني وهو حاصل لجميع أفراد الانسان في هذه

في الاموال ضرورة والنكاح أعظم خطراً وأقل وقوعاً فلا يلحق بما هو أدنى خطراً وأكثر وجوداً ولنا أن الأصل فيها القبول لو جرد ما يمتنى عليه أهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط والاداء إذا بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثاني يثبت وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا يقبل اخبارها في الاخبار ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الأخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الأشبهة فلا تقبل فيما يندرى بالشبهات

النكاح فإنه مع كونه أعظم خطراً وأقل وقوعاً فلا يلحق بالخرج بالاشتراط ولذا قال تعالى في الرجة وأشهدوا ذوى عدل منكم والرجعة من نواحي النكاح فالحقت بقية التوابع به كالخلع والطلاق قال المصنف (ولنا أن الأصل فيها القبول) فابتدأ بتضمين منع مقدمته القائلة الأصل عدم القبول ثم أثبت هذه بوجود ما يمتنى عليه أهلية الشهادة وهو المشاهدة الخ واعتراض بأن المشاهدة والضبط أهلية الاداء لأهلية الشهادة بل هي كما قال في الاسرار أهليتها بالولاية والولاية مبنية على الحرية والارث والنساء في هذا كالرجال بقي أهلية التحمل وهو بالمشاهدة والضبط والنساء في ذلك كالرجال ولهذا قبلت روايتن لاحاديث الاحكام المترتبة للامنة فعن هذا قد يقال والله تعالى أعلم ان جعل الشارع الشنتين في مقام رجل ليس لنقصان الضبط ونحو ذلك بل لاظهار وجوه عن الرجال ليس غير ولقد نرى كثيراً من النساء يضبطن أكثر من ضبط الرجال لاجتماع خاطرهن أكثر من الرجال لكثرة الواردات على خاطر الرجال وشغلهم بالهم بالمعاش والمعاد وقلة الامر في جنس النساء سلمنا أنه لنقصان الضبط وزيادة النسيان في جنسهن وإن كان بعض أفرادهن أضبط من بعض أفراد الرجال لقوله تعالى أن تضل أحداً منهما فتذكر أحداً منهما الاخرى لكن ذلك انجبر بضم الأخرى اليها فلم يبق حينئذ الأشبهة فلم تقبل فيما يندرى بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وأما عدم قبول الأربع فعلى خلاف القياس كأنه كى لا يكثر خروجهن

وشرط الخيار (قوله لو جرد ما يمتنى عليه أهلية الشهادة) أي أهلية قبول الشهادة بالولاية والمشاهدة والضبط وهو حسن السماع والفهم والحفظ إلى وقت الاداء أي لفظ الكتاب نوع اختلال لا يثبت بها أهلية الشهادة لأن هذه الاشياء ثابتة للعبد والصبي العاقل والكافر ولا شهادة لهم (قوله ونقصان الضبط بزيادة النسيان) جواب عن الشافعي رحمه الله بقوله الأصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط فقال ذلك لنقصان انجبر بضم الأخرى اليها

وهذه

مراتب الأولى استعداد العقل ويسمى العقل الهولاني وهو حاصل لجميع أفراد الانسان في هذه

(قال المصنف ولنا أن الأصل فيها القبول لو جرد ما يمتنى عليه أهلية الشهادة) أقول يعني أهلية قبولها فإلضاف مقدور (قوله والمشاهدة والضبط والاداء ليست بعلة لذلك الخ) أقول والامكان العبد والصبي العاقل والكافر أهلاً للشهادة (قوله لعدم توقعها عليها) أقول اتقدم أهلية الشهادة على الاداء (قوله كذلك) أقول لاجتماعها لافرادى (قوله على أنه لا يلزم من وجودها وجود المشر وط) أقول يعني أهلية الشهادة (قوله فإنا لو فرضنا وجود أهلية الشهادة الخ) أقول لا يلزم من هذا التعديل التوقف على العلية الآن يرتكب التأويل في كلامه بأن يراد بالعلية المدخلة فيها (قوله وهو القبول) أقول أي أهلية القبول (قوله ولم يذكر الجواب عن قوله) أقول فيه بحث (قوله لا نقصان في عقلمن) أقول في صحاح كتاب الايمان من المصابيح عن أبي سعيد الخدري قال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم في أضحية أو فطر إلى المصلى فمر بالنساء فقال يا معشر النساء تصدقن فاني أرى تسكن أكثر أهل النار فقلن والله فقال تسكنن اللعن وتكفرن العشير ما رأيت من ناقصات عقل ودين أذهب للب

ممدافطرتهم والثانية أن تحصل البديهيات باستعمال الحواس في الجزئيات فيتهيأ لاكتساب الفكرية بالفكر ويسمى العقل بالملكة وهو مناط التكليف والثالثة أن تحصل النظريات المفروغ عنها متى شاء من غير افتقار إلى اكتساب ويسمى العقل بالفعل والرابسة هو أن يستقصرها ويلتفت إليها مشاهدة ويسمى العقل المستفاد وليس فيها مناط التكليف وهو العقل بالملكة فمن نقصان مشاهدتها لم ينقص البديهيات باستعمال الحواس في الجزئيات وبالتنبية ان نسبت فانه لو كان في ذلك نقصان لكان تكليفهم دون تكليف الرجال في الاركان وليس كذلك وقوله صلى الله عليه وسلم من ناقص عقل المراهبه العقل بالفعل ولذلك لم يصلح للولاية والخلافة والامارة وبهذا ظهر الجواب عن الثاني أيضا فتمثل (قوله وعدم قبول الاربع) جواب عن قوله ولا تقبل شهادة الاربع ووجهه أن القياس يقتضي قبول ذلك أيضا لكنه ترك ذلك كي لا يكثر خروجهم قال (وتقبل في الولادة والبكارة) اختص قبول شهادة امرأة واحدة بالولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال لا تقبل في غيرهما فهو قصر افراد قصر الموصوف على الصفة لا عكسه كما فهم صاحب النهاية واعتراض بقبول شهادة

الرجل الحازم من احدا كن قان ومائة صان ديننا وعقلنا يا رسول الله فقال أليس شهادة (٥٣) المرأة مثل نصف شهادة الرجل فان بلى قال

ذلك من نقصان عقلها قال
أليس اذا حاضت لم تصل ولم
نصم فلن بلى قال فذلك من
نقصان دينها انتهى
الحديث الشريف وأنت
خبير بما ذكره الشارح
مخالف لظاهر الحديث
قوله في تحصيل البديهيات
(الخ) أقول فيسهلهم
لوجوب احتجابهم وسنهرن
أكثر البديهيات بحجوبة
عنهم كما لا يخفى (قوله)
لكان تكليفهم دون
تكليف الرجال في الاركان
وليس كذلك) أقول فيسهل
ان تكليفهم دون تكليف
الرجال الا يرى أنه لا تفرض
لهم الصلاة أيام حيضهن
فتمثل في جوابه (قوله)
ولذلك لم يصلح للولاية
والخلافة والامارة) أقول

وهذه الحقوق تثبت مع الشهات وعدم قبول الاربع على خلاف القياس كي لا يكثر خروجهم قال (وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة) لقوله عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى بالاف واللام يراد به الجنس فيتناول

(قوله) وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة) مسلمة حرة عدلة والثنتان أحوط وبه قال أحمد وشرط الشافعي أن يكونا مالكين لثنتان كل ثنتين يقومان مقام

(قوله) وهذه الحقوق تثبت مع الشهات) اشارة الى قوله مثل النكاح والوكالة والوصية اما النكاح والطلاق يثبتان مع الهزل والا كراه بخلاف الاموال وتوابعها حيث لا يثبت البيع والاجارة والمضاربة وغيرهما مع الهزل فلما ثبتت هذه الاشياء أعني البيع وأمثاله بشهادة النساء مع الرجال مع انها لا تثبت بالهزل فلان ثبتت بشهادتهم النكاح والطلاق وهما يثبتان بالهزل أولى وأما الوكالة والوصية والاموال فانه يجوز فيها كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة فهو آية ثبوتها مع الشهات فيثبت ذلك بشهادة النساء أيضا وان كان فيها شبهة البدلية وقيل شهادة رجل واحد على الولادة لانه اذا جاز قبول شهادة امرأة واحدة فقبول شهادة رجل واحد أولى وفي باب شهادة النساء من شهادات المبسوط ولم يذكر في الكتاب انه شهيد بذلك أي بالولادة والعيب في موضع لا يطلع عليه الرجال رجل واحد بان قال فاجأتم فاتفق نظري اليها والجواب انه لا يمنع قبول الشهادة اذا كان عدلا في مثل هذا الموضوع ثم المصحح انه لا يشترط العدولان شهادة الرجل أقوى من شهادة المرأة فلما ثبت المشهود به هنا بشهادة امرأة واحدة فبشهادة رجل واحد أولى وقد قال بعض مشايخنا انه وان قال تعددت النظر تقبل شهادته في ذلك كافي الزنا (قوله) والجمع المحلى باللام يراد به الجنس) أي اذا لم يكن ثمة معهود والسكول ليس بمراة قطعا فيراد به الاقل ضرورة لبطان العدد بواسطة الجنسية وهو حجة على الشافعي رحمه الله في اشتراط الاربع وعلي ابن أبي ليلى في اشتراط الثنتين ذكره في المبسوط وذكر في الايضاح مال كما كان ابن أبي ليلى

ولا يخفى عليك أيضا أن الشهادة ضرب من الولاية (قوله) والعيوب من النساء في موضع الخ) أقول قوله في موضع فيه العيوب للاحتراز عن مثل الاصبع الزائدة (قوله) فهو قصر افراد قصر الموصوف على الصفة) أقول فيه شيء فان ذكره هو قصر الصفة على الموصوف ثم لا يخفى انه ليس في عبارة الكتاب ما يفيد القصر أصلا بل مراد صاحب النهاية التخصيص الذي كرى فانه يفيد في الحكم عساغده في الروايات فلا صوب أن يقال سكونه عن قبول شهادة الرجل الواحد بناء على فهمه مما ذكره بطريق الدلالة فليتمثل (قوله) لا عكسه كما فهم صاحب النهاية ثم اعلم انه ذكره هنا ثلاثة أشياء ثم خص شهادة امرأة واحدة وهذا التخصيص صحيح في حق البكارة لاني حق الولادة والعيوب فان شهادة رجل واحد تقبل أيضا فمال انه ذكر في الايضاح مطلقا بقوله وتقبل شهادة رجل واحد على الولادة لانه اذا جاز قبول شهادة امرأة واحدة فقبول رجل واحد أولى وكذلك ذكر في باب شهادة النساء من شهادات المبسوط وقال ولم يذكر في الكتاب انه لو شهد بذلك أي بالولادة والعيب في موضع لا يطلع عليه الرجال رجل واحد بان قال فاجأتم فاتفق نظري اليها والجواب انه لا يمنع قبول شهادة اذا كان عدلا في مثل هذا الموضوع ثم المصحح انه لا يشترط العدولان شهادة الرجل أقوى من شهادة المرأة فلما ثبت المشهود به هنا بشهادة امرأة واحدة فبشهادة رجل واحد أولى وقد قال بعض مشايخنا انه وان قال تعددت النظر تقبل شهادته في ذلك كافي الزنا انتهى بعبارة أقول القياس على سائر المراتب أي مراتب الشهادة يقتضي

رجل واحد فيها قوله صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ووجه الاستدلال أن الألف واللام إذا دخل الجمع ولم يكن معه هود ينصرف إلى الجنس فيتناول الواحدة فما فوقها على ما عرف في موضعه وهو حجة على الشافعي في اشتراط الأربع بناء على أن كل امرأة تقيم مقام رجل واحد في الشهادات قوله (ولأنه) دليل معقول لنا ووجهه أن الذكورة سقطت بالاتفاق لتخفيف النظر لأن نظر الجنس أخف وفي اسقاط العدد تخفيف النظر فصار إليه الأثني والثلاث أحوط لمساقيمه من معنى الإلزام واعتراض بان في هذا التعديل نوع مناقضة لأنه لو كان جواز الاكتفاء بنظر الواحدة لحقة نظرهما لما كان نظر الاثنين والثلاث أحوط من نظر الواحدة والجواب أن يقال خفة النظر توجب عدم وجوب اعتبار العدد ومعنى الإلزام يقتضي وجوبه فعملنا بهما وقلنا بعدم الوجوب والجواز احتياطاً (ثم حكمها) أي حكم شهادة امرأة (٤٥٤) واحدة في الولادة (شرحناه في الطلاق) يعني في باب ثبوت النسب حيث قال وإذا تزوج

الرجل امرأة فمات بولده لستة أشهر فصاعداً فبعد الزوج الولادة ثبتت الولادة بشهادة امرأة واحدة وإن قال لأمراً أنه إذا ولدت فانت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند أبي حنيفة رحمه الله وقال تطلق وإن كان الزوج قد أقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند أبي حنيفة يعني ثبتت الولادة بقول امرأته وعندهما بشرط شهادة القابلة وأما حكم البكارة فإنها سواء كانت ماهرة أو مبيعة لابد من نظر النساء إليها للعاجة إلى فصل الخصومة بينهما فإذا نظرت إليها وشهدت فاما أن تتأيد شهادتهن يؤيداً ولأن كان الأول كانت شهادتهن حجة وإن كان الثاني لا بد أن ينضم إليهما ما يؤيداهما فعلي هذا إذا شهدن بأنهما بكرتان كانت ماهرة تزوجت في العنين سنة ويفرق بعده لآن

الرجل امرأة فمات بولده لستة أشهر فصاعداً فبعد الزوج الولادة ثبتت الولادة بشهادة امرأة واحدة وإن قال لأمراً أنه إذا ولدت فانت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند أبي حنيفة رحمه الله وقال تطلق وإن كان الزوج قد أقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند أبي حنيفة يعني ثبتت الولادة بقول امرأته وعندهما بشرط شهادة القابلة وأما حكم البكارة فإنها سواء كانت ماهرة أو مبيعة لابد من نظر النساء إليها للعاجة إلى فصل الخصومة بينهما فإذا نظرت إليها وشهدت فاما أن تتأيد شهادتهن يؤيداً ولأن كان الأول كانت شهادتهن حجة وإن كان الثاني لا بد أن ينضم إليهما ما يؤيداهما فعلي هذا إذا شهدن بأنهما بكرتان كانت ماهرة تزوجت في العنين سنة ويفرق بعده لآن

رجل ولما لث أن المعتبر في الشهادة أمران العدد والذكورة وقد سقط اعتبار الذكورة فبقى العدد ولنا ما روى محمد بن الحسن في أول باب شهادات النساء من الأصل عن أبي يوسف عن غالب بن عبد الله عن مجاهد وعن سعيد بن المسيب وعن عطاء بن أبي رباح وطاوس قالوا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه وهذا مرسل يجب العمل به ووجه الاستدلال بهذا الحديث قد اتفقنا على أن اللام لم يمكن اعتبارها في العهد إذا عهدي مرتبة بخصوصها من مراتب الجمع كانت للجنس وهو يتناول القليل والكثير فصحيح واحدة ولا أكثر أحسن فقلنا كذلك وروى عبد الرزاق أخبرنا ابن جريج عن ابن شهاب عن الزهري قال مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطالع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيونهن وهذا مرسل حجة عندنا وهو مثل ما ذكره المصنف ورأى ابن أبي شيبة وروى عبد الرزاق أيضاً أخبرنا أبو بكر بن أبي سبرة عن موسى بن عقبة عن القعقاع بن حكيم عن ابن عمر رضي الله عنه قال لا تجوز شهادة النساء وحدهن الأعلى ما لا يطالع عليه إلا من عورأت النساء وله مخارج أخر قال المصنف (ثم حكمها في الولادة شرحناه في كتاب الطلاق) أي في باب ثبوت النسب منه وفي المبسوط لو شهد بالولادة رجل

(قوله) لأن نظر الجنس أخف لعدم الشهوة) وهذا بعد الموت تغسل المرأة المرأة والرجل الرجل فكذا بسقط اعتبار العدد أي لأن نظر الجنس أو الجنس أخف بسقط اعتبار العدد شرطاً ليقول النظر وبقى احتياطاً والمثنى والثلاث أحوط لمساقيمه من معنى الإلزام وهذا يشترط فيها الحرية والسلام وللفظ الشهادة واخترت مجلس القاضي (قوله) ثم حكمها في الولادة شرحناه في الطلاق) أي في باب ثبوت النسب وهو قوله إذا تزوج الرجل امرأة فمات بولده لستة أشهر فصاعداً فبعد الزوج الولادة ثبتت الولادة بشهادة امرأة واحدة (قوله) والعيب يثبت بقولهن) أي في الحال وقيام العيب في الحال شرط لعصاة الخصومة فيحلف البائع بأنه لم يكن عنده هذا العيب وكيفية الخلف أن كان بعد القبض بالله اتمد سلمها وهي بكر وإن كان قبله بالله أنها

وهو البكارة وإن كانت مبيعة بشرط البكارة فلا يمين على البائع لذلك واقتضى البيع وهو اللزوم وإن قلن أنها ييب يحلف البائع لينضم نكوله إلى قولهن لأن الغرض قولي وشهادتهن حجة ضعيفة لم تتأيد بمؤيد فحلف بعد القبض بالله لقد سلمنا بمحكم البيع وهي بكر وقبضه بالله لقد سلمنا بمحكم فان حلف لزم المشتري وإن نكل ترد عليه فان قيل شهادة النساء حجة فيما لا يطالع عليه الرجال فيجب الرد بقولهن والخلف ترك العمل بالحديث أجاب بان العيب يثبت بقولهن يعني في حق سماع الدعوى والخلف فان المشتري إذا ادعى عيباً في المبيع لا بد له من إثبات قيامه به في الحال ليثبت له ولاية الخلف والا كان القول للبائع لتمسكه بالأصل

ما ذكره في النهاية (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام: شهادة النساء الحجة) أقول دليل لاصل الدعوى (قوله ينصرف إلى الجنس) أقول إذا نكل ليس بمراد قطعاً (قوله فعملنا بهما) أقول فيه بحث أذ لم يثبت بما ذكره أحوطية العدد (قوله وإن قلن أنها الحجة) أقول وفيه بحث يعلم من

فاذا قلن انهما ثبت العيب في الحال وقيل بالحديث ثم يخلف البائع على أنه لم يكن بهذا العيب في الوقت الذي كانت في يده وأما ما شهدا من على استهلال الصبي ففي حق الارث عند أبي حنيفة رحمه الله غير مقبولة لان الاستهلال صوت الصبي عند الولادة وهو مما يطلع عليه الرجال فلا تكون شهادتهما فيه حجة لكنها في حق الصلوة مقبولة لانه من أمور الدين وشهادتهما فيها حجة كشهادتهما على هلال رمضان وعندهما في حق الارث أيضا مقبولة لانه صوت عند الولادة والرجال لا يحضرون عاده فصار كشهادتهما على نفس الولادة والجواب ان المعتبر في ذلك امكان الاطلاع ولا شك في ذلك فلا يعتبر بشهادتهما ونفس الولادة هو انفصال الولد عن الام وذلك لا يشارك الرجال فيه النساء (قال ولا بد في ذلك كله من العدالة الخ) لا بد في المسال وغيره مع ما ذكرنا من شروط الشهادة العدالة وهي كون (200) حسنات الرجل أكثر من سيئاته وهذا يتناول

الاجتناب عن الكبر
وترك الاصرار على الصغار
(ولغظة الشهادة) حتى لو
قال الشاهد عند الشهادة
أعلم أو أتيقن لم تقبل شهادته
في تلك الحادثة في ذلك
الوقت (أما) اشترط
(العدالة) فلقوله تعالى بمن
ترضون من الشهداء
والفاسق لا يكون مرضيا
ولقوله تعالى وأشهدوا
ذوي عدل منكم (ولان)
الشهادة حجة باعتبار الصدق
و(العدالة) هي المعينة
للصدق فهي علة الحجية
ومساوئها معداة (لان)
من يتعاطى غير الكذب
من محظورات دينه (فقد)
يتعاطا أيضا عن أبي
يوسف ان الفاسق اذا كان
وجها أي ذا قدر وشرف
(في الناس ذا مروءة) أي
انسانية والهمزة وتشديد
الواو فيها الغتان (تقبل)
شهادته لانه لا يستاجر
لوجهته ويمتنع عن الكذب
لمروءته والاول) يعني عدم
قبول شهادة الفاسق مطلقا

على نفس الولادة قال (ولا بد في ذلك كله من العدالة ولغظة الشهادة فان لم يذكر الشاهد لغظة الشهادة وقال أعلم أو أتيقن لم تقبل شهادته) أما العدالة فللقوله تعالى بمن ترضون من الشهداء ولقوله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم (ولان العدالة هي المعينة للصدق لان من يتعاطى غير الكذب قد يتعاطا عن أبي يوسف رحمه الله أن الفاسق اذا كان وجها في الناس ذا مروءة تقبل شهادته لانه لا يستاجر لوجهته ويمتنع عن الكذب لمروءته والاول أصح

فقال فاجابها فتفق نظري بها تقبل اذا كان عدلا ولو قال تعددت النظرات لتقبل وبه قال بعض أصحاب الشافعي وقال بعض مشايخنا ان قال تعددت النظرات لتقبل أيضا وبه قال بعض أصحاب الشافعي رحمه الله وأما حكم البكارة فان شهدت أنها بكر يؤجل العنين سنة فاذا مضت فقال وصلت اليها فأنكرت ترى النساء فان قلن هي بكر تخبر فان اختارت الفرقة فرق للحال وانما فرق بقولهن لانها ما بدت بجو يد وهو موافقة الاصل اذ البكارة أصل ولولم تتأيد شهادتهما بجو يد باعتبرت في توجه الخصومة لافي الزام الخصم وكذا في رد المبيع اذا اشتراها بشرط البكارة فقال المشتري هي ثيب يريد النساء فان قلن هي بكر لزم المشتري لتأيد شهادتهما بجو يد هو الاصل وان قلن هي ثيب لم يثبت حق الفسخ لان حق الفسخ قوي وشهادتهما ضعيفة ولم تتأيد بجو يد لكن ثبت حق الخصومة فتوجه اليين على البائع لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر فان لم يكن قبضها حلف بالله لقد بدعتها وهي بكر فان نكل ردت عليه وان حلف لزم المشتري وأما شهادتهما على استهلال الصبي فتقبل في حق الصلاة عليه بالاتفاق وأما في حق الارث فعندهما كذلك وعند أبي حنيفة لا تقبل الاشهادة رجلين أو رجل وامرأتين لان الاستهلال صوت مسروع والرجال والنساء فيه سواء فكان مما يطلع عليه الرجال بخلاف الولادة فانما انفصال الولد من الام فلا يطلع عليه الرجال وهما يقولان صوته يقع عند الولادة وعندها لا يحضر الرجال فصار كشهادتهما على نفس الولادة وبقوله لما قال الشافعي وأشهدوا رجلا (قوله) ولا بد في ذلك كله من العدالة ولغظة الشهادة) حتى لو قال الشاهد أعلم أو أتيقن لا تقبل ونال وهو التفسير حتى لو قال أشهد على شهادته أو مثل شهادته لا تقبل وكذا مثل شهادة صاحبي عند الخصاصف للاختلاف أما اشترط العدالة فللقوله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم وقال تعالى بمن ترضون من الشهداء ولان العدالة هي المعينة لجهة الصدق فان الشهادة اخبار يحتمل الصدق والكذب على سواء بالنظر الى نفس المقوم فبذلك لا يلزم كونه صدقا حتى يعمل به فان قيل المنكر أيضا قد يكون عدلا فالجواب انه يعارضه اختلاف المدعي فيتساقطان وتسلم الشهادة عن المعارض أو يترجح اخبار المدعي بالشهادة (وعن أبي يوسف أن الفاسق اذا كان وجها في الناس) كما شمرى الساطن والمكسة وغيرهم (تقبل شهادته لانه لا يستاجر لشهادته الزور لوجهته ويمتنع عن الكذب لمروءته والاول أصح) لان هذا التعليل في مقابلة النص فلا

بكر (قوله) ولا بد في ذلك كله من العدالة ولغظة الشهادة) أي في جميع ما تقدم (قوله) والاول أصح) وهو عدم وجهه اذا مروءة كان أولا (أصح) لان قبولهما كرام للفاسق ونحن أمرنا بخلاف ذلك قال صلى الله عليه وسلم اذا ثبت الفاسق فالحق

قوله يعني في حق سماع الدعوى والتحليف (قوله) فاذا قلن انهما ثبت العيب الخ) أقول فيه انه حينئذ لا يستقيم قوله وشهادتهما حجة ضعيفة الخ فان الحكم في شهادة الرجال بالعيوب كالأباق كاذر ههنا بل افرق فليست بالاجواب أن الفرق فيما اذا كان النزاع قبل القبض حيث يلزم المشتري اذا حلف البائع كاف في ضعف حجه وابقه تامل (قوله) ثم يخلف البائع الى قوله كانت في يده الخ) أقول فما الجواب فيما قبل القبض (قوله) وأما اشترط العدالة الخ) أقول فيه بحث (قال المصنف فللقوله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم) أقول فان قبل بعض النصوص وردت مطلقة كما سبق واذا دخل النص المطلق والمقيد على السبب لم يحمل المطلق على المقيد عندنا فكيف ثبت اشترط العدالة قلنا المطلق ينصرف الى الكمال (قوله) وما سواها معداة) أقول فيه بحث لأن يحمل على المعد المصنف (و) يمتنع عن الكذب لمروءته) أقول فجيء

بوجه مكفهر والمعان بالفق لا مروءة له (الكن القاضي لو قضى بشهادة الغاسق صح عندنا وأما اللفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها اذا لامر فيها بهذه اللفظة) قال الله تعالى وأقيموا الشهادة لله وأشهدوا ذات بياهم وتم واستشهدوا شهدوا وشهد من من رجالكم وقال صلى الله عليه وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهدوا لاندفع (٤٥٦) (ولان في لفظ الشهادة زيادة توكيد) لدلائلها على المشاهدة (ولان قوله أشهد

من ألقاظ البين فكان الامتناع عن الكذب بهذا اللفظ أشد) وهو المقصود بخلاف لفظ التكبير في الافتتاح فانه لا يعجز تبدل ما هو أصح فيه به (قوله في ذلك كله) برديه ما وقع في المختصر من قوله ولا بد في ذلك أي في جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لانه شهادة لما تقدم أن فيه معنى الازام

المسئلة في باب من تقبل شهادته وفي التعليل مغارة (قوله بوجه مكفهر) أقول أي شديد العيوس قال المصنف اذ الامر فيها بهذه اللفظة) أقول فيه كلام لانه ليس معنى لفظ أشهد بل معناه أخبر فلا يثبت الاشتراط بمجرد ما ذكره وجوابه أن الشهادة هو الاخبار عن مشاهدة وعيان وهو المزمع للقاضي لا مطلق الاخبار فتأمل (قوله ولان في اللفظة الشهادة) أقول الاولى أن يجعل هذا الوجه للدلالة النصوص على الاشتراط اذ لا تظهر تلك الدلالة بدون ملاحظته ولا يجعل دليلا

الآن القاضي لو قضى بشهادة الغاسق يصح عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يصح والمسئلة معروفة وأما اللفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها اذا لامر فيها بهذه اللفظة ولان فيها زيادة توكيد فان قوله أشهد من ألقاظ البين كقوله أشهد بالله فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة أشد وقوله في ذلك كله اشارة الى جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لانها يقبل (الآن القاضي ان قضى بشهادة الغاسق ينفذ عندنا) ويكون القاضي عاصيا (وأما) اشتراط (لفظة الشهادة) فلان النصوص نطقت باشتراطها اذا لامر فيها) أي في النصوص (بهذه اللفظة) قال تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم وأشهدوا اذا تبايعتم واستشهدوا شهدوا من رجالكم فاستشهدوا واعلمن أو بعه منكم وأقيموا الشهادة لله وقال عليه السلام اذارأيت مثل الشمس فاشهدوا حاصل هذا أن النصوص وردت بلفظ الشهادة فان قيل غايتها وردت بلفظ الشهادة وذلك لا يوجب على الشاهد لفظ الشهادة كما قال تعالى ووربك فكبر ولم يرد من السنة في تكبير الافتتاح الا بلفظ التكبير كقوله صلى الله عليه وسلم تحرم عن التكبير ولم يشترط لذلك لفظ التكبير عند أبي حنيفة فمن أين لم في الشهادة قلنا الفرق معنوي وهو أن اللفظة الشهادة أقوى في افادة تأكيد متعلقها من غيرها من الألفاظ كالمعنى وأتبعنا ما فهمنا من اقتضاء معنى المشاهدة والمعاينة التي مرجعها الحس ولانها من ألقاظ الخلف فلا امتناع مع ذكرها عن الكذب أظهر وقد وقع الامر بلفظ الشهادة في قوله تعالى وأقيموا الشهادة لله وقوله عليه الصلاة والسلام اذارأيت مثل الشمس فاشهدوا فزاد لذلك لفظ الشهادة بخلاف التكبير فانه التعظيم وليس لفظ أكبر أبلغ من أجل وعظم فكانت الألفاظ سواء فلم تثبت خصوصية توجب تعيين لفظ أكبر وقوله (في ذلك كله) أي في المراتب الاربعة كلها تشترط فيها العدالة ولفظ الشهادة في شهادة النساء وغيرها وقوله (هو الصحيح) احتراز عما قال العراقيون من عدم اشتراط

قبول شهادة الغاسق مطلقا سواء كان ذا وجهة أو لم يكن وذلك لان قبول الشهادة لا كرام الشاهد كما قال عليه السلام أكرموا الشهود فان الله تعالى يحب الحقوقيهم وفي حق الغاسق أمرنا بخلافه قال عليه السلام اذ القيت الغاسق فالتدبر بوجه مكفهر ومن يكون معلنا للفسق فلا مروءة شرعا فلهذا لا تقبل شهادته وقوله وأما لفظ الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها) أي وردت في النصوص بلفظة الشهادة والاشهاد والاستشهاد نحو قوله تعالى وأقيموا الشهادة لله وأشهدوا اذا تبايعتم واستشهدوا شهدوا من رجالكم وقوله عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهدوا فلما جاء الامر بهذه اللفظة لا يجوز تبدلها بلفظ آخر فان قيل يشكل على هذا اللفظ التكبير ورد النص بلفظة قال الله تعالى ووربك فكبر ومع ذلك أجاز أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تبدله بلفظ آخر في معناه نحو قوله الله أكبر وأتبعنا ما فهمنا من اقتضاء معنى المشاهدة والمعاينة التي مرجعها الحس ولانها من ألقاظ الخلف فلا امتناع مع ذكرها عن الكذب أظهر وقد وقع الامر بلفظ الشهادة في قوله تعالى وأقيموا الشهادة لله وقوله عليه الصلاة والسلام اذارأيت مثل الشمس فاشهدوا فزاد لذلك لفظ الشهادة بخلاف التكبير فانه التعظيم وليس لفظ أكبر أبلغ من أجل وعظم فكانت الألفاظ سواء فلم تثبت خصوصية توجب تعيين لفظ أكبر وقوله (في ذلك كله) أي في المراتب الاربعة كلها تشترط فيها العدالة ولفظ الشهادة في شهادة النساء وغيرها وقوله (هو الصحيح) احتراز عما قال العراقيون من عدم اشتراط

مستقلا على المدعى كفعاله (قوله بخلاف لفظ التكبير الخ) أقول جواب عما يقال ما الفرق بين الامر المشتبه من شهادة الشهادة وبين غيرها من الاوامر حتى روي في الاولى باللفظ الذي ورد به الامر دون الثانية مثل كبير (قوله اذ لا وصول الى القطع) أقول يمكن الوصول الى القطع بالتواتر فالاولى أن يقال يكفى بالظاهر للاستحقاق اذ لم يكن ثمة منازع كالشفيع يستحق الشفعة بظاهر يده اذ لم يكن له منازع وهنا كذلك اذ الكلام فيما اذا لم يطعن الخصم في الشهود

شهادة

حتى اختص بمجلس القضاء واشترط فيه الحرمة والاسلام وقوله هو الصحيح احتراز عن قول العراقيين فانهم لا يشترطون فيها الغلبة الشهادة
فاذا أقام المدعى الشهود فليتحلوا ما أن يطعن الخصم أولاً فان كان الثاني قال أبو حنيفة رحمه الله يفتقر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا
يسأل عن الشهود حتى يطعن الخصم لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف وروى مثل ذلك عن عمر
رضي الله عنه ولان الظاهر هو الاثر جارحاً وهو محرم في دينه وبالظاهر كفاية فان قيل الظاهر يكفي للدفع لالا استحقاق وههنا ثبت للمدعى
استحقاق المدعى به باقامة البينة فالجواب ما أشار اليه بقوله اذ لا وصول الى القطع وبيانه انه لو لم يكتب بالظاهر لاحتج الى التزكية وتبول قول
المزكي في التعديل أيضا على بالظاهر لمان الظاهر أن قول المزكي صدق فالكلام (٤٧٧) قيسه كالاول وهو لم يرد أو

يسلسل ويجوز أن يقال
الظاهر ههنا اعتبار للرفع
للاستحقاق وبيان ذلك
أن دعوى المدعى وانكار
الخصم تعارضا وشهادة
الشهود وبرائة النعمة
كذلك وبظاهر العدالة
ان دفع معارضة النعمة فكان
دافعا (قوله الا في الحدود
والقصاص) استثناء من
قوله ولا يسأل عن شهود
حتى يطعن الخصم الا في
الحدود والقصاص فانه
يسأل عن الشهود لانه
يحتاج لاسقاطها فيشترط
الاستقصاء فيها ولان الشبهة
فيها دارئة فيسأل عنها عسى
يطلع على ما يسقط به ذلك
وان كان الاول يسأل عنهم
بالاتفاق لان ظاهر حال
المسلم في الشهود معارضة
بحال الخصم اذا ما فهم
فان الظاهر أن المسلم
لا يكتب بالطعن على مسلم
لاجل نظام الدنيا فيحتاج
القاضي حينئذ الى التراجع
(قوله وبيانه أنه لم يكتب
الخ) أقول والظاهر أن

شهادة لما يقبض من معنى الاثر حتى يختص بمجلس القضاء ولهذا يشترط فيه الحرمة والاسلام (قال أبو حنيفة
رحمه الله يفتقر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل عن حال الشهود حتى يطعن الخصم) لقوله عليه
السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ومثل ذلك مروى عن عمر رضي الله عنه ولان
الظاهر هو الاثر جارحاً وهو محرم في دينه وبالظاهر كفاية اذ لا وصول الى القطع (الا في الحدود والقصاص فانه
يسأل عن الشهود) لانه يحتاج لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ولان الشبهة فيها دارئة وان طعن الخصم

لفظ الشهادة لان ما خبر كالمشهد على هلال رمضان ووجه الظاهر وهو قول سائر الناس ومنهم مشايخ المذهب
من البخاريين والبلخيين وغيرهم ما ذكرنا من النصوص مع وجه افادة اشتراطها بخلاف رمضان فان اللازم فيه
ليس الشهادة بل الاخبار ذكر في الخلاصة في كتاب الشهادات لو أخبر بعدل القاضي بجحى ورمضان يقبل
قوله ويايها الناس بالصوم يعني في يوم الغيم ولا يشترط لفظ الشهادة وشرايط القضاء أما في العبد فيشترط
لانه يدخل تحت الحكم لانه من حقوق العباد اهـ ولهذا احتجوا الى الحل في اثبات الرضائية قالوا يدعى عند
القاضي بوجه كالمعقود بدخول رمضان بقبض دين فيقر الخصم بالدين وينكر دخول رمضان فيشهد الشهود
بذلك فيقضى بالمال فيثبت بجحى ورمضان لان اثبات بجحى ورمضان لا يدخل تحت الحكم ذكره أضافي
شهادات الخلاصة واتفق السكك على اشتراط الحرمة والبلوغ والعقل والاسلام يعني في الشهادة على المسلم والا
فالدعي يجوز أن يشهد على مثله عندما (قوله قال أبو حنيفة) يعني لما تفاق الامم الاربع على وجوب العدالة
قال أبو حنيفة يفتقر الحاكم على ظاهر عدالة المسلم لان كل مسلم ظاهر حاله من التزام الاسلام التزام الاجتناب
عن محظوراته فيقبل كل مسلم بناء على انه عدل وقال صلى الله عليه وسلم المسلمون عدول بعضهم على بعض
الا محدودا في قذف واه ابن أبي شيبة في مصنفه من حديث عمر بن شعيب عن أبيه عن جده ومثل ذلك عن عمر
رضي الله عنه قال في كتابه الذي كتبه لابي موسى الاشعري وقد منابعض وفيه المسلمون عدول بعضهم على بعض
الا محدودا في قذف أو جرح أو شهادة فزور أو ظنينا في ولاء أو قرابة رواه الدارقطني من طريق فيه عبد الله بن أبي
حيد وهو ضعيف ومن طريق آخر حسنه وأخرجه الباقون من طريق آخر غير الطبري بقي جيدة واذا كان
الثابت ظاهراً هي العدالة اكتفى بها اذ لا قطع لا يحصل ولو مع الاستقصاء نعم ترداد قوة الظن ولا موجب
اطلب الزيادة الا بدليل ولم يوجد ولهذا لم يكن السلف يسألون قبل وأول من سأل ابن شبرمة بخلاف الحدود
والقصاص لانه وجد فيهم ادليل طلب الزيادة فيسأل على ما عرف احتيالا لئلا يدر بما يجوز عن التزكية

الله قال مشايخ بلخ وبخاريين شرطوا قال العراقيون لا واتفقوا على انه تشترط الحرمة والعقل والبلوغ والاسلام
(قوله وبالظاهر كفاية اذ لا وصول الى القطع) جواب لما يقال ان الظاهر يكفي للدفع لالا استحقاق وههنا
يثبت المدعى استحقاق المدعى به باقامة البينة فيجب أن لا يكتب بالظاهر فاجاب أن الظاهر قائم مقام الدليل

(٥٨ - (فتح القدير الكفاية) - سادس) يبين عدم إمكان الوصول الى القطع لو ترك المزكي بخبر عن عدالة متمسكا
بظاهر حاله لان أقصى ما يستدل به على عدالة ان جرحه عن محظوراته دينه واجتهاده على الطاعات وهي دلالة طاهرة عليها لو لم يستقطعها اذ
لا ينسد احتمال فساد الاعتاق مثلاً فتمل (قوله فالجواب ما أشارنا اليه بقوله) أقول الظاهر أن يقال ما أشار اليه بقوله (قوله ويدور أو تسلسل)
أقول مع أن المطلوب حاصل (قوله وبظاهر العدالة ان دفع الخ) أقول فيه بحث (قوله استثناء من قوله ولا يسأل) أقول بل من قوله يقتصر
الحاكم (قوله ولان الشبهة فيها دارئة) أقول فيه بحث فان وجه السؤال اذا كانت الشبهة دارئة فيها ليس الا لانه يحتاج لاسقاطها فاندرج
هذا التعليل في التعليل الاول فساو وجه عدة تعديلات مستقلة فلا أسقط الواو من البين وجعل هذا الكلام من تنمة التعليل الاول لكان أولى

وقال أبو يوسف ومحمد لا بد أن يسأل عنهم في السر والعلانية في جميع الحقوق لأن مبنى القضاء على المحنة وهي شهادة العدول فلا بد من التعرف عن العدالة وفي السؤال صون القضاء عن البطالان على تقدير ظهور الشهود عبيدا أو كفارا (وقيل هذا) الاختلاف (الاختلاف عصر وزمان) لأن أبا حنيفة أجاب في زمانه وكان (٤٥٨) الغالب منهم عدولا وهما أجابا في زمانهما وقد تغير الناس وكثر الفساد ولو شاهد ذلك

فيهم سال عنهم لأنه تقابل الظاهران فيسال طالبا للرجوع (وقال أبو يوسف ومحمد رجما لله لا بد أن يسأل عنهم في السر والعلانية في سائر الحقوق) لأن القضاء مبني على المحنة وهي شهادة العدول فيتعرف عن العدالة وفيه صون قضائه عن البطالان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى على قولهما في هذا الزمان قال (ثم التزكية في السر أن يبعث المستورة إلى المعدل فيها النسب والحلي والمصلي ويزدها المعدل) كل ذلك

فيندرئ الحدود ومطالوب وأورد أن الظاهر انما يكتفي بالدفع والشهادة فوجب الاستحقاق وأجيب بان الظاهر في الشهادة كالتقطع لما يمكن الوصول إلى القطع ولا بالتزكية والحق أن الظاهر يوجب الاستحقاق والمراد بالظاهر الذي لا يثبت به الاستحقاق هو الاستصحاب وأما إذا طعن الخصم فقد تقابل ظاهرا فیسأل وقال أبو يوسف ومحمد لا بد أن يسأل عنهم طعن الخصم أو لم يعطن في سائر الحقوق في السر والعلانية وبه قال الشافعي وأحمد وقال مالك من كان مشهورا بالعدالة لا يسأل عنه ممن عرف حرم وحدت شهادته وانما يسأل اذا شك وانما قلنا لا بد من السؤال مطلقا لأن القضاء يبنى على المحنة وهي شهادة العدول فلا بد أن يثبت عند العدول ذلك ولا يخفى قوة دليل أبي حنيفة على ذلك وكونه لا بد أن يثبت العدالة لم يخاف فيه أبو حنيفة ولكن يقول طريق الثبوت هو البناء على ظاهر عدالة المسلم خصوصا مع ما روينا عن النبي صلى الله عليه وسلم والعصاة والسلف ومع ذلك الفتوى على قولهما الاختلاف حال الزمان ولذلك قالوا هذا الخلاف خلاف زمان لا جته وبرهان وذلك لأن الغالب في زمان أبي حنيفة الإصلاح بخلاف زمانهما وما قبل بانه أفتى في القرن الثالث وهو المشهود لهم بالصالح منه صلى الله عليه وسلم حيث قال خير القرون قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم وهما أفتى في القرن الرابع فبعض فقيه نظر فان أبا حنيفة رحمه الله توفي في عام خمس مائة فكيف أفتى في القرن الثالث وقوله خير القرون الخ اثبات الخير به بالتدريج والتفاوت لا يستلزم أن يكون في الزمان المتأخر غلبة الفسق والظاهر الذي يثبت بالغالب أقوى من الظاهر الذي يثبت بظاهر حال الاسلام وتحقيقة أنه لما قطعنا بغلبة الفسق فقد قطعنا بان أكثر من التزم الاسلام لم يحتج بمحاومه فلم يبق مجرّد التزام الاسلام مظنة العدالة فكان الظاهر الثابت بالغالب بلا معارض * فرع لو تاب الفاسق لا تقبل شهادته ما لم تحض ستة أشهر وقال بعضهم سنة ولو كان عدلا فشهد بالزور ثم تاب فشهد تقبل من غير مدة (قوله ثم التزكية في السر أن يبعث المستورة) وهي الورقة التي يكتب فيها القاضي أسماء

أبو حنيفة لقال بقولهما ولهذا قال (والفتوى على قولهما في هذا الزمان) قال (ثم التزكية في السر الخ) اعلم أن التزكية على نوعين تزكية في السر وتزكية في العلانية فالأولى (أن يبعث القاضي المستورة) وهي الرقعة التي يكتبها القاضي ويضعها مزايدا منه إلى المزكي سميت بذلك لأن المستورة نظر العوام (إلى المعدل) مكتوبا (فيها النسب والحلي) بضم الحاء وكسر داجع حلية الانسان صفة ومأوى منه من لون وغيره (والمصلحة) أي مسجد الله حتى يعرفه المعدل وينبغي أن يبعث إلى من كان عدلا يمكن الاعتماد على قوله وصاحب خبرة بالناس بالاختلاط بهم يعرف العدل من غيره ولا يكون طماعا ولا فقيرا يتوهم خداعه بالمال وفقها يعرف أسباب الجرح والتعديل من جيرانه وأهل سوق فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي إليه عدل جائر الشهادة ومن عرفه بالفسق لا يكتب شيئا احترازا عن الوثق أو يقول الله يعلم اذا أذاعه غيره وخاف أنه لو

القطعي لماله لا يمكن الوصول إلى الدليل القطعي وذلك لأنه لو لم يكتب بظاهر العدالة يحتاج إلى تزكية المزكي وقبول قول المزكي في التعديل أيضا على الظاهر لما أن المزكي في قوله عدل غير كاذب لأن المزكي مسلم والظاهر من حال المسلم أنه لا يكذب فلم يكتب بظاهر عدالة الشاهد لكونه عملا بالظاهر يجب أن لا يكتفي بظاهر عدالة المزكي أيضا لأنه على الظاهر فيمنع يحتاج إلى مزك آخر في تعرف عدالة المزكي الأول وكذلك في الثالث والرابع وهذا أمر يؤدي إلى التسلسل وقولهم أن الظاهر لا يكتفي بالاستحقاق فلما قد يكتفي له إذا لم ينزعه آخر ألا ترى أن الشفيع يستحق الشفعة بظاهر يده الثابتة على داره إذا لم ينزعه المشتري في ذلك وههنا أيضا كذلك لأن كلامنا فيما إذا لم يطعن المدعي عليه في الشهود ولو طعن فيمنع يسأل عنهم كالأول أعلم المشتري الشفيع فيما في يد الشفيع بانه لا ملك له فيه (قوله لأنه تقابل الظاهران) لأن الظاهر أن لا يطعن كذبا (قوله وفيه صون قضائه عن البطالان) أي على تقدير ظهور الشهود عبيدا أو كفارا يطل القضاء (قوله

لم يصرح بذلك قضى القاضي بشهادته في ذلك ومن لم يعرفه بعدالة أو فسق يكتب تحت اسمه مستور وتردها المعدل إلى الحاكم وينبغي أن يكون كل ذلك

(قال المصنف لا بد أن يسأل عنهم في السر والعلانية) أقول لعل الواو بمعنى أو لمنع الخ لوجوب ترتفع المخالفة التي تضمنها الكلام فتأمل (قال المصنف) ثم التزكية في السر أن يبعث الخ) أقول فيه تسامح فانه ليس تزكية بل التزكية فعمل المزكي لكن المراد معلوم

في السر كليا يظهر فيجذع أو يقصد (وفي العلانية لا بد أن يجمع بين المعدل والشاهد) لتتفق شبهة تعديل غيره وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول ووقع الاكتفاء بالسري في زماننا تحريزا عن الفتنة يروى عن محمد رحمه الله تركية العلانية بلا عوقفة ثم قيل لا بد أن يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة لان العبد قد

الشهود ونسبهم وحلاهم والمصلح إلى أي مسجد محملتهم وينبغي أن لا يختار المعدل صالحا زاهدا كي لا يندفع بالمال مامونا أعظم من يعرفه في هذه الاوصاف فيكتب اليه ثم هو يسأل عنهم أهل محملتهم وسوقهم ومن يعرفهم ويكون المزكي صاحب خبرة بالناس مداخلهم لا منزوا يعانهم فال هذا الامر لا يعرف الا بالخاطلة والمداخل فان لم يجد الا أهل مجلسه يسألهم عنه فان وجدهم غير ثقات يعتبر تواتر الاخبار وعن ابن سماعة عن أبي حنيفة يجوز في تركية السر المرأة والعبد والمحدث اذا كانوا عدولا ولا يجوز في تركية العلانية الا من تجوز شهادته في شرط فيها ما يشرط فيها الا لغلطة الشهادة فغلطان تركية السر من الاخبار بالامور الدينية وكل من هو لا يقبل خبره في الامر الديني اذا كان عدلا كما تقبل روايته لاخبار فاذا قال المسؤول عنه هو عدل كتب المزكي هو عدل مرضى مقبول جائز الشهادة والا يكتب هو غير عدل وفي فتاوى قاضيان ان عرف فسقه لا يكتب تحت اسمه ذلك بل يسكت احترازا عن الهتك او يقول والله أعلم الا اذا خاف أن يقضي القاضي بشهادته فيصرح حينئذ بذلك ومن لا يعرفه لا بعدالة ولا بفسق يكتب مستورا ثم برد المستورة مع أمين القاضي اليه كل ذلك في السر كي لا يظهر الامر فيجذع المزكي أو يقصد بالاذى وأما العلانية فلا بد أن يجمع بين الشاهد والمعدل لتتفق شبهة تعديل المعدل لغير هذا الشاهد المسؤول عنه القاضي اذ قد يتفق اسم وشهرة وصفة لاثنين وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول لانهم كان يغلب عليهم الصبر للعق ووقع الاكتفاء بالسري في زماننا لغلبة النفوس فيه فيوجب الفتنة وقد روى عن محمد أنه قال تركية العلانية بلا عوقفة ثم قيل لا بد أن يقول

أن يبعث المستورة إلى المعدل المستورة اسم للرقعة التي يكتبها القاضي ويضعها سرا يد أمينه إلى المزكي سميت بها لانها تستر عن نظر العوام وفي المغرب حلية الانسان صفته وما يرى عنه من لون وغيره والجمع حلى بالضم والكسر والمصلح قيل المراد به المحلة وقيل مسجد المحلة وهو الظاهر وصورة تركية السر أن يبعث رسولا إلى المزكي أو يكتب اليه كتابا فيه أسماء الشهود وانسابهم وحلاهم ومجالهم وسوقهم ان كان سويا حتى يتعرف المزكي فيسأل عن جيرانهم وأصدقائهم فاذا عرفهم فن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي اليه عدل جائز الشهادة ومن عرفه بالفسق لا يكتب ذلك تحت اسمه بل يسكت احترازا عن هتك السر أو يقول والله أعلم الا اذا عدله غيره وخاف انه لو لم يصرح بذلك يقضي القاضي بشهادته حينئذ يصرح بذلك ومن يعرفه لا بعدالة ولا بفسق يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي مستورا وصورة تركية العلانية أن يجمع القاضي بين المعدل والشاهد ويقول للمعدل هذا الذي عدلته أو يقول للمزكي بحضرة الشهود أهؤلاء عدول مقبولو الشهادة وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول أي في عهد الرسول عليه السلام وأصحابه لان المعدل كان لا يتوقى عن الجرح ولا يخاف من المدعى ولا من الشهود لانهم كانوا متقادين للعق ولا يقابلونه بالاذى لو جرحهم ووقع الاكتفاء بتزكية السري في زماننا تركية العلانية لانها بلا عوقفة فتنة اذا الشهود والمدعي يقابلون الجراح بالاذى قال ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله أقبل في تركية السر المرأة والعبد والمحدث اذا كانوا عدولا وأقبل في تركية العلانية الا من تجوز شهادته لان تركية السر من باب الاخبار والمخبر عنه به أمر ديني وقول هو لا في الامور الدينية مقبول اذا كانوا عدولا الا ترى انه يقبل روايتهم في الاخبار عن رسول الله عليه السلام ويجب الصوم بقواهم وأما تركية العلانية فظير الشهادة من حيث ان القضاء لا يجب الا بها كالا يجب الا بالشهادة حتى شرط في المزكي في تركية العلانية ما هو الشرط في الشهادة من العدالة والبلوغ والحرية والعقل والبصيرة وأن لا يكون محدودي قذف سوى لفظ الشهادة وعلى هذا تركية الودلول في السر جائزة لانهم من باب الاخبار كذا في الذخيرة وأول من سأل في السر

سرا كي لا يظهر فيجذع أو يقصد الخداع والثانية أن يجمع الحاكم بين المعدل والشاهد فيقول المعدل هذا الذي عدلته يشير إلى الشاهد لتتفق شبهة تعديل غيره فان الشخصين قد يتفقان في الاسم والنسبة وقد كانت تركية العلانية وحدها في عهد الصحابة رضي الله عنهم لان القوم كانوا صلحاء والمعدل لما كان يتوقى عن الجرح اعظم مقابلتهم الجراح بالاذى (ووقع الاكتفاء بالسري في زماننا) لان العلانية بلا عوقفة لمقابلتهم الجراح بالاذى (يروي عن محمد أنه قال تركية العلانية بلا عوقفة ثم قيل لا بد للمعدل أن يقول هو عدل جائز الشهادة لان العبد قد

(قوله كي لا يظهر فيجذع) أقول بالرشوة (قوله أو يقصد الخداع) أقول الصواب أو يقصد بالاذى على تقدير الجرح

(معدلاً) لا شترط العدالة
فيه بالاتفاق ولعائل أن
يقول تعديل الخصم اقرار
هذه بثبوت الحق عليه فكان
مقبولاً لان العدالة ليست
بشرط في المقر بالاتفاق
والجواب أن المصنف قال
(وموضوع المسئلة اذا قال
هم عدول الاثم انخطوا
أو نسوا) ومثله ليس باقرار
بالحق وفيه نظر لان هذا
الكلام مشتمل على الاقرار
وغيره فيصدق في الاقرار
على نفسه ومرد الغير للتمعة
والجواب أنه لا اقرار فيه
بالنسبة الى ما عليه لانه
نسبهم في ذلك الى الخطا
والنسيان فاني يكون
اقراراً قال (واذا كان رسول
القاضي الذي يسأل عن
الشهود) بلفظ المبني للمفعول
(واحد ارجو والاثنان أفضل
عند أبي حنيفة وأبي يوسف
رجهما لله وقال محمد لا يجوز
الاثنان) ذكر في شرح
الجامع الصغير أن
المراد بالرسول ههنا هو

يعدل وقيل يكفى بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار وهذا اصح قال (وفي قول من رأى أن يسأل عن
الشهود لم يقبل قول الخصم انه عدل) معناه قول المدعى عليه وعن أبي يوسف ومحمد رحمه الله أنه يجوز
تزكيتهم لكن عند محمد يضم تزكية الآخري في تزكيتهم لان العدد عنده شرط ووجه الظاهر أن في زعم المدعى
وشهده أن الخصم كاذب في انكاره مطلق في اصراره فلا يصلح معدلا وموضوع المسئلة اذا قال هم عدول الا
أنهم انحطوا أو نسوا أما اذا قال صدقوا أو هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق (واذا كان رسول القاضى
الذى يسأل عن الشهود واحدا جاز والاثنان أفضل) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد رحمه الله
لا يجوز الاثنان والمراد منه المزمع

المعدل هو عدل جائز الشهادة لان العبد قد يكون عدلا وهو غير جائز الشهادة وقيل يكفى بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار وهو من أهلها فلا تلزم تلك الزيادة وهذا أصح لما ذكرنا من أن الظاهر الحرية نظر الى الدار فكفى به ما لم يطعن الخصم بالرق ثم قال أبو حنيفة تروجه الله تعالى على قول محمد بن رأى أن يسأل عن الشهود بلا طعن لا يقبل قول الخصم يعنى المدعى عليه اذا قال فى شهود المدعى هم عدول فلا تقع به التزكية لان فى زعم المدعى وشهوده أن الخصم كاذب فى انكاره مبطل فى اصراره فلا يصح معدلا لان العدالة شرط فى المزكى بالاجماع وعن أبي يوسف ومحمد يجوز قوله ذلك تبديلا لكن عند محمد يضم تزكية آخر الى تزكيته أى تزكية الخصم لان العدد عند محمد فى المزكى شرط وموضوع المسئلة أن يقول هم عدول الا أنهم أخطوا أو نسوا أو قال صدقوا وهم عدول صدقة أو معنى هذا فقد اعترف بالحق وانقطع النزاع وعن محمد فيما اذا قال هم عدول فالقاضى يسال المدعى عليه أشهدوا عليك بحق أم بباطل فان قال بحق فهو اقرار وان قال بغير حق لا يقتضى بشئ * (فروع) اذا شهد فعدل ثم شهد لا يستعد الا اذا طال فوقت محمد شهر أو أبو يوسف سنة ثم رجع وقال سنة أشهر (قوله) واذا كان رسول القاضى الذى يسال عن الشهود واحدا جاز والاثنان أفضل وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز الا اثنان والمراد من رسول القاضى (المزكى) وهو السؤل منه عن الشهود فيجب أن يقرأ قوله الذى يسال عن الشهود بالبناء للمفعول والحاصل انه يكفى فى التزكية الواحد وكذا فى الرسالة اليه والرسالة منه الى القاضى وكذا فى الترجمة عن الشاهد وغيره عند أى حنيفة وأبى يوسف وبه قال مالك وأحمد فى رواية وعند محمد لا بد من اثنى وبه قال الشافعى وأحمد فى

شرح يجرى الله عنه حتى قيل له أحدثت يا أبا أمية قال أحدثتهم فأحدثنا (قوله وفي قول من رأى أن يسأل عن الشهود) أي قال أبو حنيفة رحمه الله تغفر بعمالي قولهما وذكر قاضي خزان رحمه الله في جامعه ثم فرع أبو حنيفة رحمه الله على قول من يرى المسئلة عن الشهود فكان هذا نظير مسألة المزاعة لم يقبل قول الخصم أي المدعى عليه (قوله وإذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود) أراد به المرسل إلى القاضي وهو المزمع

(قال المصنف وهذا أصح) أقول الاظهر أن يعمل بالقبيل الاول في ديارنا (قوله على قول من يقول بالسؤال اذا سال) أقول يعني اذا سال القاضي (قال المصنف ووجه الظاهر أن في زعم المدعي وشهوده أن الخصم كاذب في انكاره مبطل في اسراره) أقول قال العلامة علاء الدين الاسود في شرح الجامع الصغير وهذا كله اذا جحد الخصم فاما اذا كان ساكنا وهو ممن يجوز أن يرجع اليه في تعديل الشهود فتعديله صحيح وكان كافيا عند أبي يوسف وعند محمد يضم الى ذلك آخر حتى يتم التعديل انثني ويقفهم ذلك من اشارة الهداية أيضا (قال المصنف وموضوع المسئلة اذا قال انهم عدول الخ) أقول المقصود من التعديل هو حصول علم القاضي بعدالة الشاهد فاذا كان المدعي عليه مدلا يعرفه القاضي بالعدالة ينبغي أن يقبل تعديله الآن يقال شهادة الشهود تتضمن حرجه

المزكى ولا شك في ذلك اذا هن الفعل مبني للمفعول (وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكى) ورسول المزكى الى القاضي (والمترجم عن الشاهد لمحمد رحمه الله ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القضاء تبني على ظهور العدالة والعدالة بالتزكية) فولاية القضاء تبني على ظهور التزكية واذا كانت في معناها (يشترط فيها شرطان ظهور العدد وغيره كما يشترط العدالة ويشترط الذكورة وفيه في الحدود) والاربعة في تزكية شهود الزنا (ولهما انه ليس في معنى الشهادة وهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء) فلا يشترط فيه ما يشترط فيها سنا ذلك لكن اشتراط العدد في الشهادة امر حكيم ثبت بالنص على خلاف القياس لان القياس لا يقتضي ذلك لبقاء احتمال الكذب فيها لان انقطاعه انما يكون بالتواتر ورجحان الصدق انما هو بالعدالة لا بالعدد كما في رواية الاخبار (٤٦١) فلم يثبت بالعدد المشروط لا العلم ولا العمل لكن تركنا ذلك

وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكى والمترجم عن الشاهد ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القضاء تبني على ظهور العدالة وهي بالتزكية فتوقفت عليها كما توقفت عليها فيشرط فيه العدد كما يشترط العدالة ولا يشترط الذكورة في المزكى في الحدود والقصاص وله ما انه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء واشترط العدد امر حكيم في الشهادة فلا يتعداها (ولا يشترط اهلية الشهادة في المزكى في تزكية السر) حتى صلح العبد من كيا فاما في تزكية العلانية فهو شرط وكذا العدد بالاجماع على ما قاله الخصاص رحمه الله لاختصاصها بمجلس القضاء فالوا يشترط الاربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد رحمه الله

*) (فصل) وما يتعمله الشاهد على ضربين أحدهما ما يثبت حكمه بنفسه

رواية لمحمد ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القاضي تبني على ظهور العدالة وهي بالتزكية فتوقفت عليها كما توقفت عليها فيشرط فيه العدد كما يشترط العدالة ولا يشترط الذكورة في المزكى في الحدود كما اشترطت في الشهادة عليها وله ما انه ليس في معنى الشهادة والتوقف لا يستلزم اشتراك كل ما توقف عليه في كل حكم بل ما كان في معنى الشهادة التي بها ثبوت الحق يكون مثلهما وما لا فلا يلزم والتزكية لا يستند اليها ثبوت الحق بل الى الشهادة فكانت التزكية شرط لا علة ولهذا وقع التفرقة بينهما وبين الشهادة بالاجماع في عدم اشتراط لفظ الشهادة في التزكية فلا يلزم من اشتراط العدد في الشهادة اشتراطها في التزكية على أن التزكية تكون بجماع يعلم اعتبارها واشترط العدد في الشهادة أمر تحكيمي في الشهادة يعني تعبدى وفي المبسوط هو بخلاف القياس وهذا ياد على كونه تعبدى اذا في القياس يكفي الواحد العدل لان خبره موجب للعمل لا علم اليقين وكلا يثبت العلم بخبر الواحد لا يثبت بخبر الاثنين فلا يتعداها أى لا يتعدى الشهادة الى التزكية وهذا الخلاف في تزكية السر فاما تزكية العلانية فيشرط العدد بالاجماع على ما ذكره الخصاص مع أن الوجه المذکور يجري فيه وقد من أن زيادة شبهة لها بالشهادة من حيث اشتراط مجلس القضاء لها اتفاقا ولما ظهر من محمد اعتبار التزكية بالشهادة في حق العدد قال المشايخ فيجب عنده اشتراط أربعة من المزكين في شهود الزنا والله أعلم

*) (فصل يتعلق بكيفية الاداء ومسوغه) *

(قوله وما يتعمله الشاهد على قسمين أحدهما ما يثبت حكمه بنفسه) أى يكون هو تمام السبب لذلك الحكم (قوله على هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكى) معناه من ينقل قول المزكى الى القاضي بعد ما بلغ قول القاضي الى المزكى (قوله واشترط العدد امر حكيم) أى أمر ثبت بالنص بخلاف القياس لان رجحان الصدق في حق العمل بالعدالة لا بالعدد كما في رواية حديث النبي عليه السلام وفي حق العلم بالتواتر واذا كان كذلك فلا معنى لاشتراط العدد في الشهادات لئلا تكون كذلك القياس بالنصوص التي فيها بيان العدد فلا يتعداها أى فلا يتعدى اشتراط العدد من الشهادة الى التزكية والله أعلم

*) (فصل) * (قوله أحدهما ما يثبت حكمه بنفسه) أى لا يحتاج فيه الى الاشارة بل يجوز أن يشهد بونه ولا

دون الاستحوا له أشار بقوله على ما قاله الخصاص قال في الخلاصة شرط الخصاص أن يكون المزكى في العلانية غير المزكى في السر أما عندنا فالذي تزكيتهم في السر تزكيتهم في العلانية *) (فصل) * لما فرغ من ذكر مراتب الشهادة شرع في بيان أنواع ما يتعمله الشاهد وهو على نوعين أحدهما ما يثبت الحكم بنفسه من غير أن يحتاج الى الاشارة

(قال المصنف وكذا العدد بالاجماع) أقول اذا كان المستند هو الاجماع لا بد من شيء يحتاج بالاولاهام *) (فصل) * فيما يتعمله الشاهد (قوله في بيان أنواع ما يتعمله الشاهد) أقول أراد بالجمع معنى المثني كالا يخفى (قال المصنف) أحدهما ما يثبت بنفسه) أقول أى يثبت حكمه كإلى القدم المقابل ولعل المراد بالحكم هو جواز الشهادة على ما يفهم من تعريضه كإلى كلامه قال صاحب النهاية في شرح قوله ما يثبت بنفسه أى ما لا يحتاج الى

مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع الشاهد ما كان من السموعات كالبيع والاقرار وحكم الحاكم كذا رأى ما كان من البصرات كالغصب والقتل جازله أن يشهده وان لم يشهده لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الحادثة بما يوجبها وكل من علم ذلك جازله الاداء لوجودها هو الركن في جواز الاداء قال الله تعالى الامن شهد بالحق وهم يعلمون وقال صلى الله عليه وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والافدع قبل جعل العلم بالموجب ركن في الاداء بخلاف النصين ج. عاقلان ما يدلان على شرطية لا على ركنية اذا احوال شروط وادام موضوعه للشرط وأجيب بانه مجاز عن الشرط وانما عبر عنه بذلك اشارة الى شدة احتياج الاداء اليه قال (ويقول أشهد أنه باع الخ) اذا سمع المبايع ولم يشهد عليه واحتج الى الشهادة بقول الشاهد أشهد أنه باع (ولا يقول أشهدني لانه كذب ولو سمع الاقرار من وراء حجاب) بحجب عن رؤية شخص المقر (لا يجوز أن يشهد ولو فسر للقاضي) بان قال أشهد بالسماع من وراء الحجاب (لا يقبله لان النعمة) وهو الكلام الخفي (تشبه النعمة) والمثبه لا يقيد العلم فاتفق المطلق للاداء

الاشهاد بل يجوز للشاهد أن يشهد بلا (٤٦٣) اشهاد بخلاف الشهادة على الشهادة انتهى قال الفاضل الشهير بمحض شاه كذا في النهاية وليس

مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد أو رآه وسعه أن يشهده وان لم يشهد عليه) لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق الاداء قال الله تعالى الامن شهد بالحق وهم يعلمون وقال النبي عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والافدع قال (ويقول أشهد أنه باع ولا يقول أشهدني) لانه كذب ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له أن يشهد ولو فسر للقاضي لا يقبله لان النعمة تشبه النعمة فلم يحصل العلم

قولا كان مثل البيع والطلاق والاقرار وحكم الحاكم أو فعلا كالغصب والقتل فاذا سمع الشاهد القول كأن سمع قاضيا يشهد بجماعة على حكمه أو رأى الفعل كالقتل والغصب وسعه أن يشهد بذلك فيقول أشهد أنه باع أشهد أنه قضى فلو كان البيع يبيع معاطاة في الذخيرة يشهدون على الانسداد والاعطاء وقيل يشهدون على البيع كالقول ولا يقول أشهدني لانه كذب وانما جاز الاداء بلا اشهاد لانه علم الموجب بنفسه وهو أي علم الموجب الركن المستوع لاداء الشهادة لانه لاحقية تسويع الاداء وسواء وقوله في اطلاق يعني مطلق الاداء واستدل على تسويع الشرع للاداء في ذلك بقوله تعالى الامن شهد بالحق وهم يعلمون فاذا دان من شهد علم بالحق كان ممدوحا فلزم أن ذلك مطلق شرعا والالم يكن ممدوحا وقال عليه الصلاة والسلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد فامر بالشهادة عند العلم يقينا فمن هذا صرحوا بانه لو قال له لا تشهد على باسمه منى ثم قال بحضرة له رجل بقى لك على كذا وغير ذلك حل له بل يجب أن يشهد عليه بذلك وفي الخلاصة

كذلك الشهادة وقيل معناه ان حكم البيع وهو ثبوت الملك في المبيع للمشتري وفي الثمن للبائع يثبت بنفس العقد وكذا في الظاهرة وأما الشهادة في ما لا يثبت حكمه بنفسه بل بقضاء القاضي فاذا سمع ذلك الشاهد أي فيما يعرف بالسماع مثل البيع والاقرار وحكم الحاكم أو رآه كالغصب والقتل وسعه أن يشهد به وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق الاداء أي في تجوز الاداء قال الله تعالى الامن شهد بالحق وهم يعلمون والتمسك بالآية على قوله وسعه أن يشهده لانه أطلق أداء الشهادة بمجرد العلم

كما ينبغي بل معنى اثبات الحكم بنفسه أنه يثبت ما وضعه الشارع له وحكمه يترتب عليه بنفسه من غير أن يحتاج الى غيره من قضاء قاض كالبيع فانه يثبت حكمه أعني الملك بنفسه وكذا الاقرار يقيد بظهور المقر به بنفسه وكذا الغصب يثبت وجوب رد العين أو القيمة بنفسه وعلى هذا الخلاف الشهادة اذا تحملها الشاهد فانها لا تثبت الحكم بنفسها بل اذا نقله الى مجلس القضاء وحكم القاضي بها ولعمري أن هذا من الظهور بحيث لا ينبغي أن يخفى على من له أدنى مسكة فضلا عن هؤلاء الاعلام انتهى وقيل معناه أن حكم البيع ثبوت الملك للمشتري في المبيع وفي الثمن للبائع

ثبت بنفس العقد وكذا في نظائره أما الشهادة بما لا يثبت حكمه بنفسه بل بقضاء القاضي هذا والظاهر ما في النهاية (الا

لما أن الذي يفعله الشاهد هو الشهادة بناء على الكلام النفسي لا المشهود به ولان تقرير الكلام يشهد به كالا يخفى (قال المصنف مثل البيع) أقول الظاهر أن المضاف محذوف أي مثل شهادة الخ على ما هو المناسب لقوله مثل الشهادة على الشهادة وذلك مؤول أي مثل ما يحصل فيها (قوله كالبيع الخ) أقول اذا كان بالعقد (قوله كالغصب) أقول وكالبيع اذا كان بالتعاطي (قوله بما يوجب) أقول متعلق بعلم (قال المصنف قال الله تعالى الامن شهد بالحق وهم يعلمون) أقول وأنت تسخير بان العلم هنا وفي الحديث غير مقيد بالتعلق لما هو موجب بنفسه فلا بد للتعديد من دليل فتمثل (قوله قبل جعل العلم بالموجب ركن في الاداء) أقول بل هو ركن في اطلاق الاداء أي في تجوز الاداء (قوله واذا موضوعه للشرط) أقول ان أراد ان موضوعه للشرط المستطع عليه في عسرف الفقهاء فسلم والسند ظاهر وان أراد ان موضوعه للشرط المحوى فسلم ولا يقيد لانه يدخل على ما ليس بشرط كقوله تعالى اذا قمتم الى الصلاة فان القيام اليها سبب للظهور لا لشرط كالحصاح به في الاصول

وقوله (الا اذا كان) استثناء من قوله لا يجوز له أن يشهد الا اذا كان دخل البيت وعلم أنه ليس فيه أحد سواه ثم جلس على الباب وليس لأبيث مسلك غيره فسمع اقراره داخل ولا يراه وشهد عنده اثنان بانها فلانة بنت فلان جازله أن يشهد بحديثه وكذا اذا رأى شخص المقر حال اقرار رقة العجب وليست روية الوجه شرطاً ذكره في الخبر فانه حصل العلم في هذه الصورة قال (ومنه ما لا يثبت الحكم فيه بنفسه الخ) النوع الثاني من الشهادة ما لا يثبت الحكم فيه بنفسه (مثل الشهادة على الشهادة فانها لا يثبت بها) (٤٦٣) الحكم ما لم يشهد فاذا سمع شاهداً

يشهد بشئ لم يجز له أن يشهد على شهادته لأن الشهادة (أي شهادة الاصول) (موجبة بالنقل الى مجلس القضاء) ولا يكون النقل الا بالانابة والتحميل والاول اشارة الى مذهب محمد رحمه الله فانه يقول بطريق التوكيل ولا توكيل لباصر الموكل واثنان اشارة الى مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله

(قوله وشهد عنده اثنان) أقول الظاهر أن يقال أو شهد فان في الصور الاولى تمس الحاجة الى الشهادة اذا علم أن المكان في داخل البيت من هو قال المصنف فاذا سمع شاهداً يشهد بشئ لم يجز له أن يشهد الخ) أقول علله العلامة النسفي في الكافي بقوله لانه تصرف على الاصل من حيث زوال ولايته في تنفيذ قوله على المشهود وعليه وازالة الولاية الثانية للغير ضرر عليه فلا بد من الانابة والتحميل منه انتهى ولا امر ما تركه دليل صاحب الهداية الى هذا فليتأمل في أنه هل يمكن ارجاع مافي الهداية الى ما ذكره صاحب الكافي بان

(الا اذا كان دخل البيت وعلم أنه ليس فيه أحد سواه ثم جلس على الباب وليس في البيت مسلك غيره فسمع اقراره داخل ولا يراه أن يشهد) لانه حصل العلم في هذه الصورة (ومنه ما لا يثبت الحكم فيه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهداً يشهد بشئ لم يجز له أن يشهد على شهادته الا أن يشهد عليها) لأن الشهادة غير موجبة بنفسها وانما تصير موجبة بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الانابة والتحميل ولم يوجد (وكذا لو سمع اشترى عبد وادعى على البائع عيباً فلم يشته فباعه من رجل فدعى المشتري الثاني عليه هذا العيب فانكر فالذين سمعوا منه حل لهم أن يشهدوا على العيب في الحال والحديث رواه الحاكم في المستدرک والبيهقي في المنبر فمن حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن رجلاً سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن الشهادة فقال هل ترى الشمس قال نعم قال على مثلها فاشهد اودع صحبه الخا كرو تعقبه الذهبي بان محمد بن سليمان بن مشهور وضعه غير واحد انتهى والمعلوم أن الناس في ضعفه وواقفه ابن عدى وفي العبارة المذكورة مما يفيد أنه يختلف فيه ولو سمع من وراء حجاب كثيف لا يشك من وراءه لا يجوز له أن يشهد ولو شهد وفسره للقاضي بان قال سمعته باع ولم أر شخصه حبر تكلم لا يقبله لان النعمة تشبه النعمة الا اذا أحاط بعلم ذلك لان المسوق هو العلم غسيران رؤيته مستكاماً بالعقد طريق العلم به فاذا فرض تحقق طريق آخر جاز ذلك بان يكون دخل البيت فراه فيه وعلم أنه ليس به أحد غيره ولا منقذ غير الباب وهو قد جلس عليه وسمع الاقرار والبيع فانه حينئذ يجوز له الشهادة عليه بما سمع لانه حصل به العلم في هذه الصورة ونحوه ما في الاضية ادعى على ورثة مالا فقالا لشهيدان فلانا المتوفى قبض من المدعى صرة فبها دراهم ولم يعلمها كم وزعم ان فهم اقدرها وانهم اداهاهم وان كلها جياذم بايع عليه يقينهم بذلك فاذا شهد به جاز وفي الفتاوى اذا أقرت المرأة من وراء حجاب لا يجوز لمن سمع ان يشهد على اقرارها الا اذا رأى شخصها حينئذ يجوز أجل في هذه المسئلة ووضعها في الخلاصة وغيرها هكذا (الشهادة على امرأة لا يعرفها) سأل ابن محمد بن الحسن أبا سليمان عنها قال لا يجوز حتى يشهد جماعة انها فلانة أما عند أبي يوسف وأبيك فيجوز اذا شهد عنده عدلان انها فلا تخو هل يشترط رؤية وجهه الختلف المشايخ فيه منهم من لم يشترط واليه مال الامام خواجه رزاده وفي النوازل قال يشترط رؤية شخصها وفي الجامع الاصغر يشترط رؤية وجهها وانت تعلم أنه لا بد من معرفة تعبد التمييز عند الاداء عليها فاذا ثبت أن التعريف يغني تمييزاً لم أن لا حاجة الى رؤية وجهها ولا شخصها كما اختاره شيخ الاسلام خواجه زاده الا اذا لم يوجد من يعرفها واذا وجد حينئذ يجزى الخلاف المذكور وأنه يكفي في المعرفة عدلان أو لا بد من جماعة وبوافقه ما في المنتقى تحمل الشاهد الشهادة على امرأة فسات فشهدا عنده أن المقررة فلانة جازله أن يشهد عليها في الخلاصة وفي الهبة شهدا على امرأة سمياها ونسبها وكانت حاضرة فقال القاضي أنعر فانها فان لا تلاته قبل شهادتهما ولو قال تحملناها على السمية بغلانة بنت فلان الغلانية ولا بدري أنها هذ

وقد حصل ذلك بل روي في المراتب والسماعات والعلم شرط جواز الاداء حيث جعله حلالاً في قوله تعالى وهم يعلمون والاحوال شرط وشرط في قوله عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد وانما جعله ركناً لزيادة تأثيره في توقف صحة اداء الشهادة على العلم (قوله فلا بد من الانابة والتحميل) لانه تصرف على الاصل من حيث زوال ولايته في تنفيذ قوله على المشهود وعليه وازالة الولاية الثانية للغير ضرر عليه فلا بد من

يجعل دليل على صحة تصرفه قوله فلا بد من الانابة والتحميل على ما فرغ عليه كما يفهم من اشروح قال المصنف (وانما تصير موجبة بالنقل الى مجلس القاضي) أقول قال الزياطي وصاحب النهاية ولهذا اعتبر عدلة الاصول انتهى وقال ابن الهمام وهذا الاطلاق يقتضيه أنه لو سمع يشهد في مجلس القاضي حصل له أن يشهد على شهادته لانها حينئذ لمزمنة انتهى وفيه تأمل سيحى في العنايتي في باب الشهادة على الشهادة فنقلنا عن الفوائد الظاهرية وقد قصدت في هذا الدليل أن القرع لا يسمع الشهادة على الشهادة وان كان الاصل شهد بالحق عند القاضي في مجلسه

فانما عالم يحمله بطريق التوكيد بل بطريق التعميل قال الامام غفر الاسلام اما على قول أبي حنيفة فتوابع يوسف فان الحكم يضاف الى الفروع
 لكن يحملهم انما يصح ببيان ما هو حجة والشهادة في غير مجلس القاضي ليست بحجة فيجب النقل الى مجلس القاضي ليس بصير حجة فيبين أن
 التعميل حاصل بما هو حجة فلما لم يكن يدهن النقل لم يكن يدين التعميل وفي مطالبه لا ناسلنا أن النقل لا بد منه ولكن توقفه على التعميل يحتاج
 الى بيان فلو سلم كافي أو نقول الشهادة على الشهادة تحمیل لاننا نعني بها الا ذلك ولا تحمیل فيما لا يشهد ثم البيان وعلى هذا اذا سمع يشهد
 الشاهد على شهادته لم يسع له أن يشهد لانه ما حله وانما سجل غيره قال (ولا يحل للشاهد اذ ارأى خطه الخ) الشاهد اذ ارأى خطه في صل ولم يتذكر
 الحادثة لا يحل له (أن يشهد لان الخط يشبه الخط) والمشتبه لا يفيد العلم كما تقدم (قبل هذا على قول أبي حنيفة رحمه الله) بناء على أنه لا يعمل
 بالخط و بشرط الحفظ ولهذا قالت (٤٦٤) روايته لاشتراطه في الرواية الحفظ من وقت السماع الى وقت الاداء (وعندهما

يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع أن يشهد) لانه ما حله وانما سجل غيره (ولا يحل للشاهد اذ ارأى
 خطه أن يشهد الا أن يتذكر الشهادة) لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم قبل هذا على قول أبي حنيفة
 رحمه الله وعندهما يحل له أن يشهد وقبل هذا بالاتفاق وانما خلاف
 أم لا صحت الشهادة وكلف المدعي أن يأتي بأشهرين يشهدان أنه فلا نية بنت فلان بخلاف الاول لانها هناك
 أقرا بالجهالة فبنات الشهادة فهذا ونحوه يفيد ما قلناه ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه وهو الشهادة على
 الشهادة فاذا سمع شاهد يشهد شي لم يجوز أن يشهد على شهادته الا أن يشهد ذلك الشاهد على شهادة نفسه
 لان الشهادة شجرة وجبة بنفسها بل بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الاثابة والتعميل ولهذا لو سمع يشهد
 شاهد على شهادته لم يسع السامع أن يشهد لانه ما حله وانما سجل غيره وهذا الاطلاق يقتضي أنه لو سمع يشهد
 في مجلس القاضي حل له أن يشهد على شهادته لانما حديثه لمزمة * (فروع) * كتب الى آخر رسالة من
 فلان الى فلان كتبت تتقاضى الالف التي لك على وكتبت قضيتك منها خمسة وثوبتي على خمسةائة وكتب الى
 زوجته قد بغني كتابك تسالني الطلاق فانت طلاق طاعت ساعة كتب ويغني عن علم ذلك أن يشهد بالمال
 والطلاق وهي شهادة حق بخلاف ما لو كتب صل وصية وقال للشهود اشهدوا على بما فيه ولم يقرأ عليهم قال
 لماؤا ولا يجوز لهم أن يشهدوا عليه وقبل لهم ذلك والصحيح الاول وانما يحل لهم أن يشهدوا بما فيه اذا قرأه
 عليهم أو أروا ويكتب وهم يقرؤنه أو كتبه غيره ثم قرأه عليه بحضور الشهود فقال لهم هو اشهدوا على بما فيه
 ولو قرأه عليه فقال الشاهدان تشهد عليك بما فيه فقرأه رأسه بنعم بل انطق فهو باطل الا في الاخير ومثله
 ما اذا دفع اليهم وصية مخنومة وقال هذه وصيتي وختي فاشهدوا على بما فيه لا يجوز أن يشهدوا بما فيه وعن أبي
 يوسف اذا كتب بحضرة الشهود وأودعه الشاهد ولم يعرف الشاهد ما فيه وأمره أن يشهد بما فيه وسعه
 أن يشهد لانه اذا كان في يده كان معصوما من التبديل واعلم أنه انما يجوز لهم أن يشهدوا في المسئلة السابقة
 اذا كان الكتاب على الرسم المعروف باب كان على ورقة وعنوان كها هو العادة في الكتابة الى الغائب واذا شهدوا
 على ذلك التقدير فقال لهم لم أرد الاقرار والاطلاق لا بد منه القاضي ودين فيما بينه وبين الله تعالى أمالو وآه
 كتب ذكر حق على نفسه لرجل على ذلك الوجه ولم يشهد به لا يحل لهم أن يشهدوا بآداب من الجواز كونه
 للتجربة بخلاف الكتابة المرسومة بخلاف خط السمسار والصراف لانه حجة للعرف الجاري به على ما ياتي ان
 شاء الله تعالى في كتاب الاقرار (قوله ولا يحل للشاهد اذ ارأى خطه أن يشهد الا اذا تذكر شهادته) التي صدرت
 الاثابة والتعميل منه (قوله وقبل هذا بالاتفاق) اشارة الى أول المسئلة وهو قوله ولا يحل للشاهد اذ ارأى خطه

يحل له ذلك) رخصة (وقيل
 هذا) أي عدم حل الشهادة
 (بالاتفاق) وانما خلاف
 فيها اذا وجد القاضي شهادة
 انتهى وفي اطائف الاشارات
 ولا يشهد على شهادة غيره
 بلا اشهاد لانه نقل فلا بد
 من التعميل عندهم صح
 لو سمع يشهد بمجلس الحكم
 قوله لم يحمله بطريق
 التوكيد بل بطريق
 التعميل) أقول ولهذا لو
 غنى عن الشهادة بعد
 انشاده لا يصح غيره ويجوز
 له أن يشهد (قوله لكن
 تحملهم انما يصح ببيان
 ما هو حجة) أقول اذا فائدة
 في تحمل ما لا يصير حجة ثم
 المراد من قوله ما هو حجة
 كونه حجة في المال (قوله
 والشهادة الى قوله بما هو
 حجة) أقول اذا علم لهم
 قبل النقل تكونها حجة فعمل
 القاضي لا يقبلها لاسر
 لا يحمله علم الشاهد (قوله
 ولكن توقفه على التعميل

بحاجة الى بيان) أقول ويمكن أن يبين بأنه اذا لم يكن بل تبين تقبل شهادة الاصول وظاهر أن نقلها انصرف على الاصل
 من حيث زوال ولا يسه في تنفيذ قوله على المشهود عليه وازالة الولاية ضرر عليه ولا ضرر في الانشهاد فلا بد من التعميل كافي سائر الولايات
 (قوله فلو سلم كافي أن نقول الشهادة تحمیل الخ) أقول كيف يقدان والشهادة صفة الفرع والتعميل صفة الاصل الا أن يقال
 انما كالتعليم والتعلم والايجاب الوجوب وفيه نظر نعم الانشهاد على الشهادة تحمیل كسائر الاشهاد لكن الكلام في احتياج الشهادة
 الى الاثبات (قوله لاننا لانعني بها الا ذلك) أقول يعني على مذهب ما ثم نقول فيه بحث فان احتياج الشهادة على الشهادة الى التعميل يحتاج
 الى البيان بل يجوز أن يقال هو أول المسئلة (قال المصنف وانما الخلاف الى قوله يؤمن عليه الخ) أقول قوله او قضيته اي حكمه يعني فيما يجوز
 لانما يكون الخ ودليل أبي حنيفة لعدم التجوز قد مر آ نفا وهو مشابهة الخط للخط فلذلك لم يتعرض له هنا

فيم اذا وجد القاضي شهادته في ديوانه أو قضيته لان ما يكون في قطره فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان لفصله العلم بذلك ولا كذلك الشهادة في الصلح لانه في يد غيره وعلى هذا اذا ذكر المجلس الذي كان فيه الشهادة وأخبره قوم من يثق به أنا شهدنا نحن وأنت

منه فان لم يتذكر وجزم انه خطه لا يشهد لان هذا الجزم ليس بجزم بل تخيل الجزم لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم هكذا ذكره القدوري ولم يذكر خلافا هو ولا في شرحه ولا قطع وكذا الخصاص ذكره في أدب القاضي ولم يحكم خلافا ولم يحكم الخلاف الفقيه أبو الليث وغيره كشمس الأئمة قال المصنف قبل هذا على قول أبي حنيفة وعندهما يحل له أن يشهد وقبل هذا بالاتفاق يعني عدم جواز الشهادة اذا رأى ولم يتذكر وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادة في ديوانه يعني رأى في ديوانه شهادة شهدت عنده ولم يتصل بها حكم ثم جاء المشهود له وطلب حكم القاضي والقاضي لا يتذكر أنه شهد عنده فهو بذلك لم يجز له أن يحكم عنده وبه قال الشافعي ورواية عن احمد وعنده أبي يوسف ومحمد اذا وجد في قطره تحت ختمه يجوز أن يقضي به وبه قال مالك واجد في رواية وكذا اذا رأى قضيته أي رأى حكمه مكتوبا في خريطة وهي القمطرية ولم يتذكر أنه حكم فهو على هذا الخلاف فظهر أن المصنف حكى الخلاف فيهما واحدا بينه وبينهما وشمس الأئمة في أدب القاضي من المبسوط حكى الخلاف كذلك في وجدان بحقيقة الحكم وأما في شهادة الشاهد بحدها في صلح وعلم أنه خطه ولم يتذكر الحادثة وفي الحديث يجده مكتوبا بخطه ولم يتذكر ووجه سماعه مكتوبا بخط غيره وهو خط معروف فعلى خلاف ذلك وقد صارت الفصول ثلاث وجدان القاضي الشهادة عنده أو حكمه ووجدان الشاهد خطه والراوى في الحديث قال محمد أخذ في الفصول الثلاثة بالرخصة تبسييرا وقال يعنى الخط اذا كان معروفا وأبو يوسف في مسألة القضاء والرواية أخذ بالرخصة لان المكتوب كان في يده أو يد أمينه وفي مسألة الشهادة أخذ بالعزيمة لانه كان في يد الخصم فلا يأمن الشاهد التغيير فلا يعنى خطه وحاصل وجه غير أبي حنيفة في صور خلاف فهم ان وضع الخط ليرجع اليه عند النسيان والا فلا فائدة وهو يمنع حصر الفائدة في ذلك بل صرح أن تكون فائدة أنه أن يتذكر خريطة المحفوظة عنده أن يرجح العمل بها بخلاف ما اذا كان عند غيره لان الخط يشبه الخط وراينا كثيرا تتحاشى خطوطهم حتى ان رأيت ببلدة الاسكندرية خط رجل من أهل العلم يعرف بالقاضي بدر الدين الدماميني كان رحمه الله فقيها مالكا شاعرا أدبيا فاجاؤنا خط آخر بها شاهد يعرف بالخطيب لا يعرف الانسان بين خطيهما أصلا ودمايين بالنون بلدة بالصعيد ولقد أخبرني من أتق بصلاحيه وخبره أنه شاهد جلا كان معيدا في الصلاحية بالقدس الشريف ووضع رسم شهادته في صلح فأخذ من صاحبه عدوانا فكاتب رجل مثله ثم عرضه على ذلك الكاتب فلم يشك أنه خطه وهذا قول أبي يوسف ويعتضى أنه لو كان الصلح في يد الشاهد تركه الطالب في يده منذ كتبه جاز أن يشهد اذا عرف أنه خطه ولم يذكر الحادثة وبهذا أجاب محمد بن مقاتل حين كتب اليه نصير بن يحيى فيمن نسي شهادته ووجد خطه وعرفه هل يسعه أن يشهد قال اذا كان الخط في حوزة يسعه أن يشهد وقال في المجرى قال أبو حنيفة لو شهدوا على صلح فقالوا نعرف أن هذا خطنا وخوأتنا لم يكن له أن يشهد في ذلك فان أنفذه قاض غيره ثم اختصموا اليه فيه أنفذه لان هذا مما يختلف فيه القضاة وهذا يفيد أنه لو ذكر للقاضي أني أشهد من غير تذكر الحادثة بل بعرفه خطي لم تقبل فانه لم يحكم خلافا ولو نسي قضاة ولا يحل عنده فشهد شاهدان أنك قضيت بكذا فهذا على هذا فان تذكر أمضاه وان لم يتذكر فلا إشكال أن عند أبي حنيفة لا يقضى بذلك وقيل وأبو يوسف كذلك وعند محمد يعتمد يقضى به وهو قول احمد وابن أبي ليلى وعلى هذا لو سمع من غير حديث ثم نسي الأصل روايته أن يشهد (قوله وعلى هذا اذا ذكر المجلس) أي لا يحل للشاهد أن يشهد اذا ذكر المجلس الذي كانت فيه

وشهود شهدوا عنده واشتبه في قطره أي خريطة وجه المشهود له يطلب الحكم ولم يحفظه الحاكم (أو قضيته) أي وجد حكمه مكتوبا في خريطة كذلك فان أبا حنيفة رحمه الله لا يرى جواز الحكم بذلك وهم جوازه لان القاضي لا يكثر أشغاله يجز عن أن يحفظ كل حادثة ولهذا يكتب وانما يصل المقصود بالكتاب انجاز له الاعانة عليه عند النسيان الذي ليس يمكن التجرؤ عنه فاذا كان في قطره تحت ختمه فالظاهر أنه لم تصل اليه يد غيره والقاضي مأمور باتباع الظاهر (ولا كذلك الشهادة في الصلح لانه في يد غيره وعلى هذا) الاختلاف (اذا ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة أو أخبره قوم من يثق بهم أنا شهدنا نحن وأنت) فانه قبل لا يحل له ذلك بالاتفاق وقبل لا يحل عند أبي حنيفة خلافا لهما

قال (ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشئ لم يعاينه الخ) قد تقدم أن العلم شرط أداء الشهادة فلا يجوز أن يشهد بشئ لم يعاينه (الا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فإنه يسعه أن يشهد بهذه الأشياء إذا أخبره بهما من يثق به وهو استحسان والقياس أن لا يجوز لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة) بالاشتقاق (٤٦٦) الكبير وقد تقدم معناه في أول الكتاب (وذلك بالعلم) أي المشاهدة وكأنه من باب

القلب لأن العلم يكون بالمشاهدة ويجوز أن يكون معناه المشاهدة تكون بسبب من أسباب العلم (ولم يحصل فصار كالبيع) فإنه لا يجوز للشاهد أن يشهد به بالسمع بل لابد من المشاهدة (ووجه الاستحسان أن هذه الأمور المستولم تقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى إلى الحرج وتعطيل الأحكام لأنها أمور تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس لا يطلع عليها إلا هم

(قال المصنف ولا يجوز للشاهد إلى قوله ولاية القاضي) أقول سيجيء في آخر هذه الصحيفة جواز الشهادة في الأموال بالتسامع (قوله قد تقدم الخ) أقول في الدرس السابق (قوله وقد تقدم معناه) أقول حيث تكلم في أول كتاب الطهارة على اشتقاق الوجه من المواجهته وقال هناك الاشتقاق الكبير هو أن يكون بين كاهنتين تناسب في اللفظ والمعنى ويجوز أن يكون الثلاث مشتقة من المنسجمة بهذا الاشتقاق (قوله وكأنه من باب القلب) أقول يجوز أن يكون الباء للملازمة

قال (ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشئ لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فإنه يسعه أن يشهد بهذه الأشياء إذا أخبره بهما من يثق به) وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل فصار كالبيع وجه الاستحسان أن هذه أمور تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس

للفرع ثم سمع الفرع يروي عنه عند أبي حنيفة عن أبي يوسف لا يعمل به وعند محمد يعمل به ومن ذلك المسائل التي رواها محمد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله ونسبها أبو يوسف وهي ست فكان أبو يوسف رحمه الله لا يعتمد رواية محمد لها عنه ومحمد كان لا يدع روايته عنه كذا قالوا وأنه أعلم أن في تخريج المسائل الست اشكالا لأن المذكور عند ذكرهم لهذه المسائل أن أبو يوسف أنكر وقال ما رويت لك عن أبي حنيفة ذلك على ما صرح به في الهداية فيما إذا صلي أو بع أو ترك القراءة في إحدى الأولين وأحدى الآخرين أنه يلزمه قضاء أو بيع فقال أبو يوسف ما رويت لك الأركنتين وهذه الصورة ليست من صور نسيان الأصل رواية الفرع بل من صور تكذيب الأصل رواية الفرع عنه كما يعرف في الأصول ولا خلاف في حفظ فيه بين المحدثين والأصوليين أن رواية الفرع ترد في ذلك بخلاف ما إذا نسي الأصل ولم يحزم بالانكار فلا ينبغي اعتباره قول محمد رحمه الله نعم إذا صح اعتباره ما ذكره عنه تخريجاً على أصول أبي حنيفة يمكن (قوله ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشئ لم يعاينه) أي لم يقطع به من جهة المعاينة بالعين أو السماع إلا في النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فإنه يسعه أن يشهد بهذه الأمور إذا أخبره بهما من يثق به من رجلين عدلين أو رجل وامرأتين ويشترط كون الأخبار بلغة الشهادة وفي الموت إذا قلنا يكفي الواحد لا يشترط لفظ الشهادة بالاتفاق أو بتواتر الخبر بذلك وقيل في الموت يكفي بالخبر واحد عدل أو واحد وهو المختار بخلاف ما سواه لأنه قلما يشاهد حاله عند الموت الواحد لان الإنسان يهابه ويكرهه فإذا رآه واحد عدل ويعلم أن القاضي لا يقضي بذلك وهو عدل أخبر غيره ثم يشهدان بموته ولا بد أن يذكر ذلك الخبر أنه شهد بموته أو بخبرته أو دفنه حتى يشهدا لا تخبرهما وكذا لو جاء خبر موت رجل وصنع أهله ما يصنع بالموت لم يسع لاحد أن يشهد بموته إلا أن شهد بموته أو سمع ممن شهد بذلك ذكره في الفتاوى والاكتفاء بالعدلين نقل عن أبي يوسف وعن أبي حنيفة رحمه الله لا يشهد حتى يسمع من جماعة وقال الخفاف في الكل حتى يسمع من العامة وتتابع الأخبار ويقع في قلبه تصديق ذلك من غير تفصيل وفي الفصول عن شهادات المحيط في النسب أن يسمع أنه فلان بن فلان من جماعة لا يتصور تواطؤهم عن الكذب عند أبي حنيفة وعند محمد إذا أخبره عدلان أنه ابن فلان تحمل الشهادة وأبو بكر الاسكافي كان يفتي بقولهم ما هو اختيار النسبي وفي النكاح لم يشترط المصنف مع رؤية دخوله إلى آخوه أن يسمع من الناس أمهارة وجمته وكذا القضاء وذكره غيره وهو الحق ثم قول أحمد قولنا فيما سوى الدخول وقول الشافعي رواية عن مالك والمصنف لم يحكم بخلاف بل جعل قياساً واستحساناً فالقياس عدم الجواز لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة فإن الاشتقاق انتظام الصيغتين معنى واحداً بعد اشتراكهما في الحروف والأصول والمشاهدة منتبهة يعني القطع فلا يجوز كافي البيع وغيره كإلوه بالاستغاضة أنه باع لم تجز الشهادة عليه بالبيع وكذا غيره وجه الاستحسان أن العادة جارئة بذلك وذلك بسبب أنه لا طريق إلى الشهادة ولم يذكر الحادثة فكان تذكر المكان بمنزلة معرفة خطه في الشهادة (قوله والدخول) لأنه أمر

ويتعلق

(قوله ويجوز أن يكون إلى قوله ولم يحصل)

أقول السماع من أسباب علم المشاهدة وقد حصل الآن يقال الالف واللام عوض عن المضاف إليه أي من أسباب علم المشاهدة فليست بالمتعلق بالمصنف وجه الاستحسان إلى قوله خواص من الناس) أقول الظاهر أن اعتبار الأسباب لا يستقيم في غير النسب والقضاء إلا أن يحمل على التقلب وفيه شئ

(وقد يتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون) كالارث في النسب والموت والنكاح وثبوت المالك في قضاء القاضى وكال مهر والعدة وثبوت الاحصان والنسب في الدخول (فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى الى ذلك) وهو باطل بخلاف البيع فانه مما يسمع كل أحد فان قيل هذا الاستحسان بخلاف الكتاب فان العلم مشروط في الكتاب ولا علم فيما نحن فيه أجاب بقوله (وأنما يجوز للشاهد) يعنى لا نسلم أن لا علم فيما نحن فيه فانه أنما يجوز للشاهد أن يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر أو باخبار من يثق به كما قال في الكتاب (وبين ان العدد فيمن يثق به شرط وهو (أن) يخبره رجلان عدلان أو رجل وامرأة ليحصل له نوع علم) وهذا على قول أبي يوسف (٤٦٧) ويجدر جهم الله وأما على قول أبي حنيفة

ولا يجوز الشهادة ما لم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع في قلبه صدق الخبر وإذا ثبتت الشهرة عندهما بخبر عدلين بشرط أن يكون الاخبار بلفظ الشهادة على ما قالوا لانها توجب زيادة علم شرعاً لوجوبها لفظ الخبر (وقيل يكفى في الموت باخبار واحد أو واحدة) فسر قوا جميعاً بين الموت والاشياء الثلاثة أى النكاح والولادة وتقليد الامام القضاء لان الغالب فيها أن تكون بين الجماعة أما النكاح فانه لا ينعقد الا بشهادة اثنين والولادة فانها تكون بين الجماعة فى الغالب وكذلك تقليد الامام للقضاء وأما الموت فانه قلياً يشهد به غير الواحد اذ الانسان جباهه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج بخلاف النسب والنكاح (وقوله وينبغي أن يطلق أداء الشهادة) بيان لكيفية الاداء وينبغي أن يطلق ذلك فيقول في النسب

ويعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى الى الحرج وتعطيل الاحكام بخلاف البيع لانه يسمع كل أحد وأنما يجوز للشاهد أن يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر أو باخبار من يثق به كما قال في الكتاب ويشترط أن يخبره رجلان عدلان أو رجل وامرأة أن يحصل له نوع علم وقيل في الموت يكفى باخبار واحد أو واحدة لانه قلياً يشهد به غير الواحد اذ الانسان جباهه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح وينبغي أن يطلق أداء الشهادة

معرفة هذه الاشياء سوى الخبر اذ من تجر العادة بحضور الناس للولادة وأنما يرون الولد مع أمه أو مرضعته وينسبونه الى الزوج فيقولون هو ابن فلان وكذا عند الموت لا يحضره غالباً الا الاقارب فاذا رآوا الجنازة والمهر فن حكموا بموت فلان وكذا النكاح لا يحضره كل أحد وأنما يخبر بعضهم بعضاً فلان زوج فلانة وكذا الدخول لا يعلم الا بامارات الوط ولا يشاهد وكذا ولاية السلطان للقاضى لا يحضرها الا الخواص وأنما يحضرون جالوسه وتصديه للأحكام وإذا كانت العادة أن علم هذه الاشياء غالباً لا يحصل الا لبعض افراد وان الناس يعتمدون فيه على الخبر كان الخبر مسوقاً للشهادة والاضاعت حقوق عظيمة تبقى على مر الاعصار كالنسب والنكاح والارث والموت وترتب عليها أمور كثيرة مثل العدة والاحصان وكال مهر في الدخول والحائض لمادة الشعب الاجماع على وجوب الشهادة بان عتبة بنت أبي بكر رضى الله عنه ماؤها نازوجة النبي صلى الله عليه وسلم وانه دخل بها وأن علياً رضى الله عنه ابن أبي طالب وعمر رضى الله عنه ابن الخطاب وأن شريحاً كان قاضياً وان أبا بكر وعمر وعثمان وعلياً رضى الله عنهم ماؤها نازوجة في الخلاصة عن ظهير الدين في الدخول لا يجوز الشهادة فيه بالتسامع فلما أراد أن يثبت الدخول يثبت الخلوفا المصحح ونص الخصاص على أنه يجوز بالتسامع لانه أمر يشتر بخلاف الزنا فانه فاحشة تستر (قوله وينبغي أن يطلق أداء الشهادة) قد شهد أنه ابنه أو أمه أو مسير أو قاض أما اذا فسر للقاضى أنه شهد عن تسامع بين الناس لم تقبل شهادته كما أنه اذا شهد بالملك المعينة السيد حصل له وقيل ولو فسر فقال لاني رأيتها في يده في وقت من الاوقات لا تقبل وفي الفوائد الظهيرية شهد على النكاح والنسب وفسر وقال لا سمعنا ذلك من قوم لا يتصور اجتماعهم على الكذب لا تقبل وقيل تقبل وقال صاحب العمد لوقالوا أخبرنا بذلك من نثق به تقبل وجعله الاصح واختاره الخصاص وفي فصول الاستروتنى لو شهد على النكاح فساله عما القاضى هل كنتما حاضرين فقال لا تقبل شهادتي ما لانه يحل لهما الشهادة بالتسامع وقيل لا تقبل كما أنهم ما قالوا نعمين ولو شهدا وقال لا تقبل فكذلك لو شهدا أنهم ما دفناه أو قالوا شهدنا جنازته تقبل ولو شهدا بالموت واحد أو آخر

مشتهر ويتعلق به الاحكام المشهورة من النسب والمهر والعدة وثبوت الاحصان (قوله وينبغي أن يطلق أداء الشهادة) بان يقول أشهد أنه ابنه وأشهد انها امرأته. اما اذا فسر للقاضى أنه يشهد بالتسامع لم تقبل والغرف بين الاطلاق والتفسير انه اذا أطلق بعلم انه وقع في قلبه صدقه فيكون شهادة منه عن علم ولا كذلك اذا

أشهد أن فلان بن فلان كما يشهد أن أبا بكر وعمر رضى الله عنهما ابنائى فحقا وبخطاب ولم يشهد شيئاً من ذلك

(قال المصنف ويتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون) أقول على معنى بعد كما يفهم من تقرير النهاية الا أنه لم يثبت ولعل ما ذكره صاحب النهاية بيان حاصل المعنى (قال المصنف أو باخبار من يثق به) أقول لعله عطف على قوله بالاشتهار فان ثبوت الشهرة باخبار عدلين لا يخلو عن بعدهم بقى ههنا بحيث لان اخبار من يثق لا يفيد حكم العلم والاصح الشهادة بذلك في البيع وأمثاله واشتراط التواتر بعدم أو جهم مبنى الاستحسان ويمكن أن يراد بالعلم هو العلم الميسر في حق المشهود به في حق هذه الاشياء القدر الميسر هذه المرتبة وفيها قوة حرج بخلاف البيع وأمثاله (قوله يشترط أن يكون الاخبار) أقول أى اخبار عدلين

انه شهد دفن فلان أو صلى
على جنازته فهو معاينة حتى
لو فسر للقاضي قبله) لانه
لا يدفن الا الميت ولا يصلى
الا عليه، ولو قال انشهد أن فلانا
مات أخد بمنابذ لك من ثقب
به جازت شهادته - ما هو
الاصح وأما الشهادة على
الدخول بالشهرة والتسامع
فقد ذكر الخصاصف أنه
يجوز لانه أمر تتعاق به
أحكام مشهورة كإذ كرنا
ففي عدم قبولها خرج
وتعطيل وقوله (ثم قصر
الاستثناء في الكتاب) بيان
أن الشهادة بالتسامع هل
هي بصورة فيما ذكر في
الكتاب أولا ففي ظاهر الرواية
بصورة (وعن أبي يوسف
رحمه الله أخا أنه يجوز في
الولاء لانه بمنزلة النسب قال
صلى الله عليه وسلم الولاء
لجنة كلجنة النسب)
والشهادة على النسب
بالتسامع جائزة كما مر فكذا
على الولاء الا ترى أنا انشهد
أن قنبرا مولى على وعكرمة
مولى ابن عباس رضى الله
عنهما وان لم ندرك ذلك (وعن
محمد انها تقبل في الوقف

أما إذا نذر القاضى أنه يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته كما أن معاينة اليد في الاملاك تطلق الشهادة ثم إذا
فسر لا تقبل كذا إذا ولو رأى انسانا مجلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له أن يشهد على كونه
قاضيا وكذا إذا رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتا وينسبط كل واحد منهما الى الآخر انبساط الازواج كما إذا رأى
عينا في يد غيره ومن شهد أنه شهد دفن فلان أو صلى على جنازة فهو معاينة حتى لو فسر للقاضى قبله ثم
نصر الاستثناء في الكتاب على هذه الاشياء الخمسة ينفي اعتبار التسامع في الولاة والوقف وعن أبي يوسف رحمه
الله آخر أنه يجوز في الولاة لأنه بمنزلة النسب لقوله عليه السلام الولاء لجة كالجمعة الذبوعن محمد رحمه الله
أنه يجوز في الوقف لأنه يبقى على مر الاعصار إلا أنا نقول الولاء يبنى على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا
بالحياة تأخذ امرأته بشهادة الموت لأنها ثابت العارض ذكره رشيد الدين في فتاواه وفي الخلاصة لو أخبرها
واحد بموته واثنان بحياته ان كان المخبر بالموت عدلا ويشهد أنه عاين موته أو جنازته وسعها أن تترجح بعد
انقضاء عدتها ثم قال هذا إذا لم يورخا فان أرخا وتاريخ شاهدي الحياة بعد تاريخ شاهد الموت فشهادة شاددي
الحياة أولى وكذا بقتله انتهى وأطلق في وصايا عصام الدين فقال شهد أن زوجه ماتت أو قتلت وأخبر أن
الحياة فالموت أولى وفي فتاوى الفضلى شهد عندنا عدل أن زوجه ماتت أو قتلت وأرشد العباد بالله هل لها
أن تترجح روايتان في السير لا يجوز وفي الاستفسان يجوز * ومن فروغ التسامع في فتاوى النسفي قال
رجل لامرأة سمعت أن زوجه ماتت لها أن تترجح ان كان المخبر عدلا فان تزوجت ثم أخبرها بجماعته أنه
حي ان صدقت الأول يصح النكاح وفي المنتقى لم يشترط تصديقها بل شرط عدالة المخبر فقط وقد يخال ان هذا
خلاف ما تقدم وقد يفرق بان ذلك في حل اقدامها وعدمه وهذا بعد أن تزوجت واستحقها الزوج الثاني
ظاهر او الشئ بالشئ يذكر إذا أخبرها واحد عدل أو شهد عندنا وله ابان زوجه طلقها أو مات عنها ووقع
في قلبها صدق لها أن تعدو وتزوج وذكر رشيد الدين أيضا فيه أنما تجوز الشهادة بالتسامع على الموت إذا
كان الرجل معروفا بان كان عالما أو من العمال أما إذا كان ناجرا أو من هو مثله لا تجوز الا بالمعاينة (قوله ثم
قصر الاستثناء في الكتاب) أي استثناء القدوري حيث قال الا في النسب الى آخر الاشياء الخمسة
ينفي اعتبار التسامع في الولاة والوقف فلا تجوز الشهادة بالتسامع فيها وعن أبي يوسف تجوز في الولاة
بالتسامع رجوع اليه وكان أولا يقول كقول أبي حنيفة ومحمد لا تجوز الا أن يسمع العتق ثم رجوع الى أنه
يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لجة كالجمعة الذبوعن محمد رحمه الله أن النسب تجوز بالتسامع فكذا في الولاة ألا ترى
أننا شهد أن قنبرامولى على بن أبي طالب رضئ الله عنه ونافعامولى ابن عمرو بلالامولى أبي بكر الصديق ولهما
أنه يبنى على العتق والعنق لكونه قولا يسمع وكثيرا ما يقصد الاشهاد عليه لا يثبت بالتسامع فكذا ما يبنى
عليه وليس تجوزنا بالتسامع لكون الشئ ما يشتهر بل للضرورة لما ذكرنا من أن النسب لا يرى إذا يرى
العلوق وكذا تقليد القاضى القضاء الا لخواص والموت والباقي فيؤدي الى ما ذكرنا ولا كذلك العتق
فسر ويقول سمعت كذا وعن هذا كان المرسل من الاخبار أقوى من المسانيد

فہما

لانه بقي على مر الاعصار) والجواب عن قول أبي يوسف أن الولاء يمتن على ازالة ملأ اليمن ولا يدفع من المعايمة لانه يحصل بكلام سمعه الناس وليس كالولادة فلا حاجه فيه

(قال المصنف أما إذا فسر للقاضي الى قوله لم تقبل شهادته) أقول لأن اسناده لضعف دليل يريد أن يجعل العهدة على غيره (قوله فعلى الرقبة الأولى) أقول فحصل شهادته على أحدهما (قوله لانه الى قوله انه شهد به بالتسامع) أقول فيه بحث لانه يجوز أن يشهد بالرقبة (قوله ولو قالوا الخ) أقول المستله في النهاية نقل عن صاحب العمد (قوله ان الولاء ينتهي على ازالة ملك الميمن الخ) أقول يعني ازالته بالاعتاق

الى اقامة التسامع مقام البيئنة قال شمس الائمة السرخسي الشهادة على العتق بالتسامع لا تقبل بالاجماع وأما الوقف فذهب بعض المشايخ الى أنها لا تحمل فيه بالتسامع مطلقا ويدل عليه عبارة الكتاب وقال بعضهم تقبل في أصله (٤٦٩) وهو اختيار شمس الائمة السرخسي

دون شرائطه لان أصله هو الذي يشتهر ولا بد من بيان الجهة بان يشهدوا أنه وقف على هذا المسجد أو المقبرة أو ما أشبه حتى لو لم يذكروا ذلك في شهادتهم لا تقبل كذا في الذخيرة (قال ومن كان في يده شيء الخ) رجل رأى عينا في يد آخر ثم رآها في يد غيره والاول يدعى عليه المالك وسعه أن يشهد بأنه للمدعي لان اليد أقصى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها فان الانسان وان عان البيع أو غيره من الاسباب لا يعلم ملكا المشتري الا

(قوله مقام البيئنة) أقول الظاهر أن يقال مقام المعاينة (قوله ويدل عليه عبارة الكتاب) أقول يعنى قصر الاستثناء (قوله وقال بعضهم تقبل في أصله) أقول في شرح الوفاة أصدر الشريعة والمراد بأصل الوقف ان هذه الضيقة وقف على كذا

فبيان المصروف داخل في أصل الوقف (قال المصنف ومن كان في يده شيء سوى العبد والامة) أقول ولعله انما لم يقل ومن عان في يد رجل شيئا وسعه أن يشهد ليشمل الصورة الثالثة اذ لا عينة فيها (قال المصنف

فما يفتى عليه وأما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع في أصله دون شرائطه لان أصله هو الذي يشتهر قال (ومن كان في يده شيء سوى العبد والامة وسعه أن يشهد أنه له) لان اليد أقصى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها

وكون نافع مولى ابن عمر ونحوه من باب الاخبار الحق وهذا بناء على أن لا خلاف في العتق لا تقبل بالتسامع وعليه نص شمس الائمة ذكر الصدر الشهيدي عن الحلواني ان الخلاف ثابت في لعتق أبيض عند أبي يوسف تجوز بالتسامع خلافا لما هو قول مالك وأجد وقول الشافعي بشرط الخصاص في الولاء على قول أبي يوسف شرط لم يذكروا في المبسوط فقال انما تقبل اذا كان العتق مشهورا ولم يعتق أبوان أو ثلاثة في الاسلام قال المصنف (وأما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع عليه في أصله) وقال الاقطع في شرحه قال محمد تجوز وقوله لان أصله هو الذي يشتهر ليس بذلك الوجه في التوجيه انه وان كان قولنا بما يقصد الاشهاد عليه والحكم به في الابتداء لكنه في تولى الاعصار تبديد الشهود والاوراق مع اشتها وقضيت فيبقى في البقاء سائبة ان لم تجز الشهادة به بالتسامع فست الحاجة الى ذلك وقوله فالصحيح الخ اترأى قول طائفة من المشايخ قال في الفصول اختلف المشايخ قال بعضهم تحمل وقال بعضهم لا تحمل ومن المشايخ من قال تجوز على أصل الوقف بالتسامع لا على شرائطه واليه مال شمس الائمة السرخسي وهو ما ذكره المصنف وليس معنى الشروط أن يبين الموقوف عليه بل أن يقول يبدأ من غلته بالبكا وكذا والباقي كذا وكذا في افتاوى الصغرى في الفصل الثاني من كتاب الشهادات اذا شهدوا أن هذا وقف على كذا لم يبينوا الواقف يبنون أن تقبل ونص عن الشيخ الامام ظهير الدين اذا لم يكن الوقف قديما لا بد من ذكر الواقف واذا شهدوا ان هذه الضيقة وقف ولم يذكروا الجهة لا تجوز ولا تقبل بل يشترط أن يقولوا وقف على كذا ثم قال وما ذكره ناو في الاصل موثره أن يشهدوا بالتسامع أنهم اوقفوا على المسجد والمقبرة ولم يذكروا انه يبدأ بغلته فيصرف الى كذا ثم ما فضل بصرف الى كذا الا يشهد على هذا الوجه بالتسامع وهكذا قال المرغيناني قال لا بد من بيان الجهة انه وقف على المسجد أو المقبرة وما أشبه ذلك حتى لو لم يذكروا ذلك لا تقبل شهادته قال وناو يل قولهم لا تقبل الشهادة على شرائط الوقف انه لا ينبغي الشاهد بعد ذكر الجهة أن يشهد أنه يبدأ من غلته فيصرف الى كذا وكذا ولو ذكر ذلك في شهادته لا تقبل ذكره في الذخيرة وذكره في المجتبى والمختار أن تقبل على شرائط الوقف أيضا وأنت اذا عرفت قولهم في الاوقاف التي انقطع ثبوتها ولم يعرف لها شرائط ومصارف أنهم يسلطهم بما كانت عليه في دواوين القضاة تقف عن تحسین ما في المجتبى لان ذلك هو معنى الثبوت بالتسامع (قوله ومن كان في يده شيء الخ) صورته رأى عينا سوى ما استثناء في يد انسان ثم رآها في يد غيره والاول يدعى عليه المالك وسعه أن يشهد

(قوله دون شرائطه) لان أصله هو الذي يشتهر قال الامام ظهير الدين المرغيناني لا بد من بيان الجهة بان يشهدوا أن هذا وقف على المسجد أو على المقبرة أو نحو ذلك حتى لو لم يذكروا ذلك في شهادتهم لا تقبل شهادتهم وناو يل قولهم لا تقبل الشهادة على شرائط الوقف انهم بعد ما شهدوا ان هذا وقف على كذا لا ينبغي لهم أن يشهدوا يبدأ من غلته فيصرف الى كذا ولو قالوا ذلك في شهادتهم لا تقبل شهادتهم (قوله ومن كان في يده شيء سوى العبد والامة وسعه أن يشهد أنه له) لان اليد أقصى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها اذا دل على معرفة الملك في حق الشاهد سوى اليد بلا منازع لان أكثر ما في الباب أن يعان أسباب الملك من الشراء والهبة وما أشبه ذلك الآن الشراء انما يقيد الملك اذا كان المبيع ملكا للبائع وانما يعرف كون المبيع ملكا له بيده بلا منازع فيثبت أن لا دليل على الملك سوى اليد فكان للشاهد أن يعتمد

لان اليد الى قوله في الاسباب كلها) أقول قال في الكافي لان أقصى ما في الباب أنه يعان أسباب الملك من البيع والهبة ونحوهما لكن البيع انما يقيد الملك اذا كان المبيع ملكا للبائع وكذا الهبة وانما يعرف كون المبيع ملكا للبائع والموهوب بملكه لا لو اهب بيده بلا منازعة انتهى فان قيل بل يعرف كونهم ملكا بتصرف ذي اليد بيعا وهبة لا بمجرد اليد قلنا لا تصرف في صورة الارث وهو يكفيني اني قول الشافعي

بذلك البائع وملك البائع لا يعلم الا باليد وأقصى ما يستدل به كاف في الدلالة لئلا يلزم انسداد باب الشهادة المفتوح بالاجماع فانهم اذا لم تجز بحكم اليد انسدادها وعن أبي يوسف رحمه الله انه يشترط مع ذلك أن يقع في قلبه أنه له لان الاصل في الشهادة العلم بالنص وعند احوال ذلك يصار الى ما ينهيه به القلب (قالوا ويحتمل أن يكون هذا) أي ما ذكر من شهادة القلب (تفسيراً لطلاق محمد في الرواية) وهو قوله وسئل أن تشهد انه له يعني اذا وقع ذلك في القلب قبل لو كان ذلك كافياً في الشهادة لقبولها القاضي اذا قيدها بالشهادة بما استفاد العلم به من معانية اليد وليس كذلك وأجيب باننا جعلنا العيان مجوزاً للشاهد أن يقدم على الشهادة وذلك ثابت لما قلنا وما أن يلزم القاضي العمل به فلم يلتزمه ولهذا قلنا ان الرجل اذا كان في يده دار يتصرف فيها تصرف المالك يبيع دار بجنبها وأراد ذو اليد أن يأخذها بالشفعة فالقاضي لا يقضي له عند انكار المشتري أن تكون الدار ملك الشفعين لان العيان ليس سبباً وجوب (وقال الشافعي رحمه الله دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا) وهو الخصاص (لان اليد منتوعة الى ائابة وملك) فلا تقيد العلم فلا بد من ضم التصرف اليها

(قال المصنف فيكتفي بها) أقول قال العلامة (٤٧٠) النسق في الكافي وينبغي أن لا يقيسد الشهادة بما استفاد العلم به من معانية

فيكتفي بها وعن أبي يوسف رحمه الله انه يشترط مع ذلك أن يقع في قلبه انه له قالوا ويحتمل أن يكون هذا تفسيراً لاطلاق محمد رحمه الله في الرواية فيكون شرطاً على الاتقان وقال الشافعي رحمه الله دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا رحمه الله لان اليد منتوعة الى ائابة وملك

اليد حتى لو بين ذلك برز كما مر في التسماع لان معانية اليد في الاملاك مطلق للشهادة بالملك لا موجب والقاضي يلزمه القضاء بالملك بالشهادة انتهى وفيه بحث لم لا يجوز أن يكون كقضاء بشهادة القاسق كما سبق فامل والقول الفصل والكلام الجزل في شرح الكنز للزيلعي وعجوبة الكنز وان فسر للقاضي أنه يشهد له بالتسماع أو بمعانية اليد لا يقبل انتهى وعجوبة الزياي أي فسر للقاضي انه يشهد بالتسماع في موضع يجوز بالتسماع أو فسر انه يشهد بالملك برؤية يده في موضع يجوز له الشهادة برؤيته في يده لا تقبل شهادته لان التسماع أو الرؤية في اليد مجوز للشهادة والقاضي

للمدعى لان الملك يعرف بالظاهر واليد بالمنارح دليل ظاهر فيه ولا دليل سواه لان غاية ما يمكن فيه أن يعان سبب الملك من الشرع والهبة وموت المورث ونحو ذلك من هذه الاسباب لا يقيسد الملك الثاني حتى يكون ملك الاول وعن أبي يوسف أنه يشترط في حل الشهادة بالملك مع ذلك أن يقع في قلبه أنه له وفي الفوائد الظهيرية أسند هذا القول الى أبي يوسف ومحمد ولفناهم وعهما قال المصنف قالوا يعني المشايخ يحتمل أن يكون هذا تفسيراً لاطلاق محمد في الرواية قال الصدر الشهيد ويحتمل أن يكون قوله قول السكندر وبه تأخذ وقال أبو بكر الرازي هذا قولهم جميعاً وجهه أن الاصل في حل الشهادة اليقين لمعارف فعندنا يصر الى ما يشهد به القلب لان كون اليد مسوقة بسبب ائابة من الملك فاذالم يقع في القلب ذلك لاطن فلم يقدح مجرد اليد له اذا قالوا اذا رأى أي انسان درة مخبئة في يد كذا أو كتاباً في يد جاهل ليس في آياته من هوأله له لا يسعه أن يشهد بالملك له فعرف أن مجرد اليد لا يكفي وقال الشافعي دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا وهو الخصاص وهو قول مالك لان اليد تنقوع الى ملك ونيابة وضممان قلنا وكذا التصرف أيضاً فلم يزل احتمال عدم الملك بالتصرف ثم ينبغي أن يطلق الشهادة حتى لو قال انه شهد بناء على اليد لا تقبل وهذا لان معانية اليد مطلق للشهادة مجوز لها لا موجب على الشاهد أن يشهد والقاضي يلزمه القضاء بالملك بالشهادة ولهذا قلنا اذا كانت دار في يد رجل يتصرف فيها تصرف المالك بالعجارة والهدم ونحو ذلك يبيع داراً يأخذها بالشفعة لا يقضي القاضي له بذلك وان ثبت عنده أنها في يده يتصرف فيها اذا أنكر المشتري أن الدار التي في يده ملكه

على مثل هذا الدليل اعتبار الالفاظ عند تعذر الوقوف على الحقيقة وعن أبي يوسف رحمه الله انه يشترط مع ذلك أن يقع في قلبه أنه له فان وقع في قلبه انه ملك غيره لا يحل له أن يشهد بالملك لدى اليد لان الاصل اعتبار علم اليقين لجواز الشهادة لقوله عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهدوا لا فزع فعند احوال ذلك يصير الى

يلزمه القضاء بالملك بالشهادة اذا كانت عن عيان ومشاهدة أو اطلاق لا احتمال المشاهدة أما اذا كانت عن تسماع أو رؤية في يده قلنا فلا يجوز أن يحكم بها إلا يرى أنه لا يجوز أن يحكم بسماع نفسه ولو تواتر عنده ولا برؤية نفسه في يد انسان قالوا لا يجوز بسماع غيره أو برؤية غيره وهذا لان القضاء يجب بما تجب به الشهادة وفيما لا تجب لا يجب فكذا ينبغي أن لا تجوز الشهادة فيما لا يجوز القضاء به الا أنا استحسناني المواضع التي تقدم ذكرها للضرورة التي ذكرناها وبقي القضاء على أصل القياس انتهى فليقهم فان فيه نقاعاً في هذا المقام حيث ينبغي في اطمحان الاوهام قال في النهاية ثم كما يحل للشاهد أن يشهد بحكم اليد بالملك بحل للقاضي أيضاً القضاء به حتى ان القاضي لو عان يده في حال قضائه يحل له أن يقضي كما يحل للشاهد أن يشهد انتهى ولا تنوهم المخالفة بين ما ذكره الزيلعي وما في النهاية فان ما في شرح الكنز هو ما اذا رأى أي القاضي قبل حال القضاء ثم رأى حال قضائه في يد غيره كالا يخفى (قوله لئلا يلزم انسداد باب الشهادة) أقول كيف يلزم الانسداد اذا شرط معها ما ذكره أبو يوسف والخصاص (قوله لان العيان ليس سبباً للوجوب) أقول قال في النهاية لسكنه ليس سبباً للجواز انتهى فيه بحث (قال المصنف لان اليد منتوعة الى ائابة وملك) أقول لعل المراد من الائابة والنيابة وقد فسرت بها في فصل القضاء بالمواريث وفي الكافي لان اليد تنقوع الى ملك وأمانة

والجواب ان التصرف كذلك وضم محتمل الى محتمل يزيد الاحتمال فينتفي العلم (ثم هذه) المسئلة على وجوه) أربعة بالقصة العقلية لانه اما ان يعان الملك والمالك أو لم يعانينهما أو عان الملك دون المالك أو بالعكس من ذلك فان كان الاول بان عرف المالك بوجهه واسمه ونسبه وعرف الملك بمحدوده وحقوقه ورآه في يده ووقع في قلبه أنه له حل له أن يشهد لانه شهادة عن علم وان كان الثاني وسمع من الناس أن فلان بن فلان ضيعة في بلد كذا محدودها كذا وكذا لا يشهد لانه مجازف في الشهادة وان كان الثالث وهو ان عان الملك بمحدوده ينسب الى فلان بن فلان القلاني ولم يعان به بوجهه ولم يعرفه بنسبه فالتقياس أن لا تحمل له الشهادة لان الشهادة بالمالك للمالك مع جهالة المشهود له وجهالة المشهود به تمنع جواز الشهادة فكذا جهالة المشهود له وفي الاستحسان يحل لان الملك معلوم والنسب (٤٧١) يثبت بالشهرة والتسامع فكانت

شهادة بعلوم لعلوم لا ترى
أن صاحب الملك ان كانت
امراة لا تبرز ولا تخرج كان
اعتبار مشاهدتها وتصرفها
بنفسه الجواز الشهادة بالمالك
مبطل لا حقها ولا يجوز
ذلك وعورض بانه يستلزم
الشهادة بالتسامع في
الاموال وهي باطلة وأجيب
بان الشهادة بالنسبة الى
المال ليست بالتسامع
بل بالعيان والتسامع انما
هو بالنسبة الى النسب
فصداء وهو مقبول فيه كما
تقدم وفي ضمن ذلك يثبت
المال والاعتبار للمتضمن
وان كان الرابع فهو
كلثاني لجهالة المشهود به

فلنا والتصرف يتنوع أيضا الى نيابة وأصله ثم المسئلة على وجوه ان عان المالك والمالك حل له أن يشهد وكذا اذا عان الملك بمحدوده دون المالك استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع فيحصل معرفته وان لم يعان بهما أو عان المالك دون المالك لا يحل له

لان العيان ليس سبباً لوجوب بل للجواز (قوله ثم ان عان المالك الخ) حاصله أن المسئلة على أربعة أو جه الاول ان يعان الملك والمالك وهو ان عرف المالك باسمه ونسبه ووجهه وعرف الملك بمحدوده ورآه في يده بلا منازع ثم رآه في يد آخر فجاء الاول وادعاه وسأله أن يشهد له وظهر ان المراد بالملك المالك الثاني أن يعان الملك دون المالك بان عان ملكا بمحدوده ينسب الى فلان بن فلان القلاني وهو لا يعرفه بوجهه ونسبه ثم جاء الذي نسب اليه الملك وادعى ملك هذا المحدود على شخص حل له أن يشهد استحسانا والقياس أن لا يجوز لان الجهة في المشهود به تمنع جواز الشهادة فكذا في المشهود له وجه الاستحسان ان الملك المشهود به معلوم والنسب يثبت بالتسامع فصار المالك معلوما بالتسامع ايضا وورد عليه أنه يلزم ان تكون الشهادة بالمالك بالتسامع واجيب بان الشهادة بالمالك هنا ليست قصد ابل بالنسب وفي ضمنه ثبوت الملك فيجوز وهنا كذلك لانه سمع أن هذا الملك لفلان بن فلان فحصل له العلم بنسب المالك بالتسامع وثبت ملكه في ضمنه والاعتبار بالمتضمن لا بالمتضمن ولا يخفى أن مجرد ثبوت نسبه بالشهادة عند القاضي لم يوجب ثبوت ملكه لتلك الضيعة لولا الشهادة به وكذا المقصود ليس اثبات النسب بل الملك في الضيعة والله أعلم وعلى هذا قال الناصبي فان كان المالك امراة لا تخرج ولا يراها ل حال فان كان الملك مشهورا أنه لها جاز أن يشهد عليه لان شهرة الاسم

ما يشهد به البتة قالوا ويحتمل أن يكون هذا تفسير الاطلاق قول مجرد جهالة في الرواية فيشترط أن يقع في قلبه أنه له بالاتفاق وقال الشافعي رحمه الله دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا رحمهم الله لان اليد تنوع الى ملك وضمن وأمانة فيشترط انضمام التصرف للشهادة على الملك فلنا التصرف أيضا يتنوع الى نيابة كالوكيل والمضارب والى اصاله فلامعنى لاختيار هذه الزيادة اذا احتمال لا يزول بها والاصل أن الاملا لا تكون في يد المالك والسكنينة في يد غيره عارض فرجنا الاصل فان قيل الشاهد اذا قيد الشهادة بما استغدا العلم به من معانيه اليد والقاضي لا يقبل شهادته ولو جاز تحمل الشهادة بالمعينة لقبول القاضي الشهادة فلنا نحن جعلنا العيان سببا للجواز لا لوجوب القاضي يلزمه القضاء بالمالك بالشهادة ونحن ما ضمننا ذلك ولهذا قلنا ان الرجل اذا كانت في يده دار يتصرف فيها تصرف المالك وبيعت دار بحسب هذه وأراد صاحب اليد أن يأخذها بالشفعة فالقاضي لا يقضي له عندنا كما المشتري أن تكون الدار ملك الشفعة لان القياس ليس سبباً لوجوب لكنه سبب الجواز (قوله ثم ان عان المالك والمالك) المسئلة على أربعة أو جه ان عان المالك والمالك بان عرف البائع باسمه ونسبه ووجهه وعرف الملك بمحدوده ورآه في يده

وضمن (قال المنصف قلنا
والتصرف يتنوع أيضا الى
نيابة وأصاله) أقول فيه ان شبهة
الشبهة غير معتبرة بل الشبهة
وا احتمال كون التصرف
نيابة من قبيل الاول دون
احتمال التصرف فلا يثبت
به الملك فليأمل في أن يحل
النزاع من قبيل الشبهة

وشبهة الشبهة أم لا (قوله وضم محتمل الى محتمل يزيد الاحتمال) أقول فيه نامل فان ضم الحسب المحتمل لكذب الى مثله قد يفيد في الاحتمال كفاي الاخبار المتواترة (قوله بان عرف المالك بوجهه واسمه ونسبه) أقول ليس معرفة الاسم والنسب مما يدخل في المعينة لتحقيقها بدونها (قوله واجيب بان الشهادة بالنسبة الى المال الخ) أقول فيه بحث فان المقصود بالشهادة ليس بالنسب بل الملك في الضيعة والظاهر في الجواب بطلان اجواب القياس وهذا جواب الاستحسان كى لا تضيع الحقوق (قوله والتسامع انما هو بالنسبة الخ) أقول لان الشاهد اذا سمع أن هذا الملك المحدود منسوب الى فلان بن فلان فان الذي يستغده أولا من سمع هذا الكلام هو العلم بنسب المنسوب اليه بوجهه عما تضمنه الكلام من نسبة الملك اليه انما هو في المرتبة الثانية اذا لا تعرف النسبة الا بعد معرفة المنقسمين

(قوله وأما العبد والامة مردود الى قوله سوى العبد والامة) وتقر به أن الرجل اذا رأى عبداً أو أمة في يد شخص فلا يخلو ما أن يعرف رقهما
اولا فان كان الاول حل له أن يشهد (١٧٢) انهما ملك من ههما في يده لان الرقيق لا يكون في يده نفسه وان كان الثاني فاما أن يكونا صغيرين

لا يعبران عن انفسهما
او كبيرين فان كان الاول
فكذلك لانه لا يداهما على
انفسهما وان كان الثاني
وهو من يعبر عن نفسه
عاقلا غير بالغ كان او بالغا
فذلك مصرف الاستثناء
بقوله سوى العبد والامة
فان البد في ذلك لا يدل على
الملك لانهم في ايدي
انفسهما وذلك يرفع يد
الغير عنهما حكما حتى ان
الصبي الذي يعقل ان اقر
بالرق على نفسه لغيره جاز
ويصنع به المقر له ما يصنع
بمسلوكه واعترض بان
الاعتبار في الحرية والرق
لو كانا لتعبر ههما عن
انفسهما لا اعتبر دعوى
الحرية منهما بعد التكبر
في يد من يدعى رقهما واجيب
بانه انما يعتبر ذلك بشبوت
الرق عليهما لا حولي في
الصغر وانما الاعتبار بذلك
اذ لم يثبت لاحدهما رق
وعن أبي حنيفة رحمه الله
انه قال يحل له ان يشهد
فيهما ايضا اعتبارا بالثياب
وكذا روى عن ابي يوسف
ومحمد رحمه الله ففعلوا
البدل دليل على الملك في السك
الا ترى ان من ادعى عبداً أو
أمة في يد غيره وذو اليد يدعى
لنفسه فالقول الذي اليد
لان الظاهر شاهده لقيام

كالمعاينة الثالث أن لا يعان الملك ولا المالك بل يسمع أن لفلان بن فلان الغلاني ضيعة في قرية كذا حدوها كذا
وهو لم يعرف تلك الضيعة ولم يعان يده عليها الا يحل له أن يشهد به بالملك لانه يجازف في هذه الشهادة الرابع أن
يعان المالك بان عرفه معرفة تامة كذا ذكرنا وسمع أن له ضيعة في كورة كذا وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها
لا يسمعه أن يشهد به بالملك فيه لانه لم يحصل له العلم بالمحدود (قوله وأما العبد والامة) يعني اذا عانها في يد
انسان يتخذه اذ كان يعرف أنهم جوارق قيقان جازله أن يشهد أنهم مملوكه سواء كانا صغيرين أو كبيرين
لانهم ما يوصف الرق لا يدلهم على انفسهما وقد شوهوا في يد غيرهما فكان كروبة توب في يده وان لم يعرف
رقهما فان كانا صغيرين أي لا يعبران عن انفسهما فكذلك يجوز أن يشهد به لملكهما له لما ذكرنا أنهم
لا يدلهم على انفسهما وان كانا كبيرين أي يعبران عن انفسهما سواء كانا صبيين عاقلين أو بالغين به صرح
المحبوبي فهو مصرف الاستثناء في قوله سوى العبد والامة لان لهما يد على انفسهما فتدفع الغير عنه ما حتى
ان الصبي الذي يعقل لو اقر بالرق على نفسه لغيره جاز اقراره ويصنع المقر له ما يصنع بمسلوكه واذا كان من
يعبر عن نفسه لا يكون البدل للملك اذا لم يخدم الحر خدمة العبيد وهذا الاحتمال يهدر اذا كانا
لا يعبران عن انفسهما فاما اذا كانا لفلان اهل فلا يزال اعتبارهما بالارق فان لم يقر الا تثبت الشهادة
عليهما به وانما لا تقبل دعواهما الحرية بعد ما كبر في يدهن هما في يده لظهور الرق عليهما باليد في حال
صغرهما هذا وعن أبي حنيفة رحمه الله انه يحل له ان يشهد في الكبيرين ايضا وكذا عن ابي يوسف ومحمد ففعلوا
اليد في السك دليل على الملك بدليل ان من ادعى عبداً أو أمة في يد غيره وذو اليد يدعى لنفسه فالقول الذي اليد
لان الظاهر شاهده لقيام يده عليه وقوله والغرق ما بينا بر يكون يدهما على انفسهما فتدفع اليدهنهما

بلامنازعة ووقع في قلبه انه لم يسمع في يد آخر فجاء الاول ادعى الملك وسعه أن يشهد الاول بالملك بناء على يده
وان عان الملك دون المالك بان عان مملوكا محدودا ينسب الى فلان بن فلان الغلاني وهو لم يعرف بوجهه ونسبه
ثم جاء الذي نسب اليه المالك وادعى ملكية هذا المحدود على شخص حل له أن يشهد استحسانا لان النسب
يثبت بالنساع فصار المالك معروفا بالنساع والمالك معروف وان لم يعان المالك والمالك ولكن سماع من
الناس قالوا لفلان بن فلان في قرية كذا ضيعة حدوها كذا وهو لا يعرف تلك الضيعة ولم يعان يده علمها
لا يحل له أن يشهد به بالملك وان عان المالك دون الملك بان عرف الرجل معرفة تامة وسمع أن له في قرية كذا
ضيعة وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها لا يسمعه أن يشهد لانه لم يحصل له العلم بالمحدود وهو شرط الشهادة (قوله
لان لهما يد على انفسهما) حتى اذا ادعى انه حر الاصل كان القول قوله ولا يثبت لغيره يد على الحقيقة حتى
يعتبر لا طلاق الشهادة بالملك ولا يمكن أن يعتبر التصرف وهو الاستخدام مطلقا للشهادة لانه لا يصلح دليلا
على الملك فالحر يستخدم الحر ويخدمه طوعا كيا يستخدم العبد سيده وعن أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم
الله انه يشهد فيها ايضا ففعلوا اليد دليل على الملك في السك الا ترى ان من ادعى عبداً أو أمة في يد غيره وذو
اليد يدعى لنفسه فالقول الذي اليد لان الظاهر شاهده بالملك لقيام يده عليه (قوله والغرق ما بينا) وهو قوله
لان لهما يد على انفسهما فتدفع يد الغير عنهما بخلاف الثياب والله أعلم

يده كافي الثياب والدواب والغرق ما بينا وهو قوله لان لهما يد على انفسهما فتدفع يد الغير عنهما بخلاف الثياب والله أعلم (باب

(قال المصنف وان كانا كبيرين فذلك) اقول في السكافي او صغيران يعبران عن انفسهما ما انتهى والظاهر ان المصنف اراد بالكبير ههنا من يعبر عن
نفسه سواء كان بالتمام لا كما يشير اليه صاحب العناية

* (باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل) * لما فرغ من بيان ما تسمع فيه الشهادة وما لا تسمع شرع في بيان من تسمع منه الشهادة ومن لا تسمع وقد ذلك على هذا لأنه بحال الشهادة والمحال شروط والشروط مقدمة على المشروط وأصل رد الشهادة ومبناه التهمة قال صلى الله عليه وسلم لا شهادة لثمة ولا نكاح خبر يحتمل الصدق والكذب ويختص بترجيب جانب الصدق فيه وبالثمة لا بترجيب وهي قد تكون المعنى في الشاهد كالفسق فان من لا يترجى عن غير الكذب من محظورات دينه فتد لا يترجى عنه أيضاً فكان منه ما بالكذب وقد تكون المعنى في المشهود له من قرابة يتهم بها بإثارة المشهود له على الشهود عليه كالولادة وقد تكون للخلل في اداء التمييز كالعمى المقتضى الى التهمة الغلط فيها وقد تكون بالعجز عما جعل الشرع دليل صدقه كالمحدود في القذف قال الله تعالى فان لم يأتوا بالشهادة فاولئك عند الله هم الكاذبون قال (ولا تقبل شهادة الاعمى الخ) شهادة الاعمى اما أن تكون في الحدود والقصاص أو لان كان الاول فليست بمقبولة بالاتفاق وان كان الثاني فاما أن تكون فيما يجري فيه التسماع كالنسب والموت أو لان كان الاول قبلت عند زفر وهو رواية ابن شجاع عن أبي حنيفة وان كان الثاني فان كان بصير او قتل الحمل والمشهود به غير منقول قبلت عند أبي يوسف والشافعي وان اتى أحداهما لم تقبل بالاتفاق فالمعتبر عند أبي يوسف الابصار عند التحمل وعندهما استمراره حتى لو عمى بعد الاداء قبل القضاء امتنع القضاء أما عدم القبول في الحدود والقصاص فلا خلاف تندرى بالشبهات والصوت والنعمة في حق الاعمى يقوم مقام المعاينة والحدود لا تثبت بما يقوم مقام الغير وأما وجه قول زفر فهو أن الحاجة فيه الى السماع ولا خلل فيه والجواب أن من لا تقبل شهادته فيم لا يجري فيه التسماع لا تقبل فيما يجري فيه ذلك (٤٧٣) كاصبي والمجنون وسبأ في جواب آخر وأما وجه قول أبي يوسف

والشافعي فهو أن العلم بالمعينة حصل عند التحمل ومن حصل له العلم بالمعينة عند التحمل لا حاجة الى السماع ولا خلل فيه وقال أبو يوسف والشافعي رجما الله بجهور اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول العلم بالمعينة والاداء يختص بالقول واسانه غير موفٍ والتعريف يحصل بالنسبة كفى

* (باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل) * (قال ولا تقبل شهادة الاعمى) وقال زفر رحمه الله وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله انه تقبل فيما يجري فيه التسماع لان الحاجة فيه الى السماع ولا خلل فيه وقال أبو يوسف والشافعي رجما الله بجهور اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول العلم بالمعينة والاداء يختص بالقول واسانه غير موفٍ والتعريف يحصل بالنسبة كفى

* (باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل) * لما ذكر تفصيل ما يسمع من الشهادة شرع في بيان من تسمع شهادته وأخره لان المحال شروط والشروط غير مقصود لذاته والاصل أن التهمة تبطل الشهادة لقوله صلى الله عليه وسلم لا شهادة لمنهم والتهمة تثبت مرة بعدم العدالة ومرة بعدم التمييز مع قيام العدالة (قوله ولا تقبل شهادة الاعمى) مطلقا سواء عمى قبل العمل أو بعده فيما يتجوز الشهادة فيه بالتسماع أو لا تجوز (وقال زفر وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تقبل فيما يتجوز فيه بالتسماع لان الحاجة فيه الى السماع ولا خلل في ٤٨٠) وهو قول للشافعي ومالك وأحمد والنخعي والحسن البصري وسعيد بن جبيرة والثوري وتقبل في الترجمة عند الكل لان العلم يحصل بالسماع

* (باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل) * (قوله ولا تقبل شهادة الاعمى) وقال مالك رحمه الله تقبل لان العمى لا يقدح في الولاية والعدالة وباعتبارهما

(٦٠ - فتح القدير الكفاية - سادس) بالاتفاق اذا ذكر نسبته والجواب لابي حنيفة ومحمد رجما الله أن لا نسلم أن القول يستند بتخصيص الاداء بل الاداء مفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنعمة وفيه أي في النعمة بشأ ويل الصوت شبهة يمكن التفرز عنها بحسب الشهود فان بالشهود البصر أكثر وفيهم غنية عن شهادة الاعمى والمراد بالتمييز بالاشارة التمسك منه للابنة قض

* (باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل) * (قوله والشروط مقدمة على المشروط) أقول المشروط هو الشهادة لا من يسمع منه الشهادة (قوله وأصل رد الشهادة الخ) أقول لادالة فيه على الاصل (قوله وقد تكون المعنى في المشهود له من قرابة الخ) أقول أو لما أثاره في التخصيص بالقرابة بحث (قوله يتهم بها بإثارة المشهود له) أقول أي يتهم للشاهد (قوله وقد يكون بالعجز عما جعل الخ) أقول وهو الاثبات باربعة شهاد (قال المصنف ولا تقبل شهادة الاعمى) أقول ولو قبل القاضي شهادة الاعمى وحكم بما يصح حكمه لانه مجتهد فيه قال حيث مالك تقبل شهادته مطلقا كالصير (قوله لم تقبل بالاتفاق) أقول المراد اتفاق مالك والافندي مقبولة قياسا على قبول روايته (قال المصنف ولو عمى بعد الاداء امتنع القضاء) أقول وقال أبو يوسف لا يمتنع بل يقضى بها لانها أديت بشروطها فلا يتغير بالحادث بعده كإلومات الشاهد أو غاب وقال صدر الشرع وقول أبي يوسف أظهر (قوله والجواب أن من لا تقبل شهادته الخ) أقول ولزفر أن يمنع ذلك والغاري بن محل النزاع والمقيس عليه ظاهر أليس واحد منهما أهل الولاية بخلاف الاعمى (قوله وسبأ في جواب آخر) أقول في قوله وانما أن الاداء يفتقر الخ (قوله والمانع وهو عدم التعريف الخ) أقول الظاهر أن يقال والشروط وهو التعريف موجود (قوله وفيه أي في النعمة الخ) أقول ويجوز إعادة الضمير الى التمييز بالنعمة فلا حاجة الى التناويل (قوله والمراد بالتمييز بالاشارة الخ) أقول في قول السكالك الى نوع مصادرة

بالشهادة على الغائب لأجل كتاب القاضي إلى القاضي فانها تقبل ولا اشارة ثمة لنمكتهم من ذلك عند الحضور بخلاف الاعمى وفي قوله يمكن
لتحرز اشارة الى الجواب عن الميت فان الاحتراز عنه بجنس الشهود وغير يمكن لان المدعى وان استكثر من الشهود يحتاج الى اقامة الاسم والنسبة
مقام اشارة عند موت الشهود عليه أو غيبته الى الجواب عما يقال قد اعتبرت النعمة مميزة للاعمى فيها هو أعظم خطرا من الامر وهو وطء
زوجه وجارته فانه لا يميزهما عن (١٧٤) غيرهما الا بالنعمة وذلك تناقض وتقرير بذلك أن الاحتراز عنها بغيرها غير يمكن مع تحقق

الضرورات بخلاف ما نحن
فيه ولا نسلم انتفاء المانع فان
انتفاء حصول التعريف
بالنسبة والنسبة لتعريف
الغائب دون الحاضر وفيه
اشارة أيضا الى الجواب عن
الميت فصار كالحدود
والقصاص في كون النسبة
غير مفيدة للتعريف وأما
وجه أبي حنيفة ومحمد رحمهما
الله مانع القضاء بالعمى
الطارئ بعد الإداء فهو أن
شرط القضاء قيام أهلية
الشهادة وقت القضاء
لصيرورة الشهادة حجة
عنده ولا قيام لها بالعمى
فصار كما اذا خرس أو جن أو
فسق فانهم أجمعوا على أن
الشاهد اذا خرس أو جن أو
ارتد بعد الاداء قبل القضاء
لا يقضى القاضي بشهادته
والامر السكلي في ذلك أن
ما يمنع الاداء يمنع القضاء لان
المقصود من أدائها القضاء
وهذه الاشياء تمنع الاداء
بالاجماع فمنع القضاء
والعمى الطارئ بعد التحمل
يمنع الاداء عندهما فيمنع
القضاء وعند أبي يوسف لا يمنع
الاداء فلا يمنع القضاء (قوله
بخلاف ما اذا ماتوا أو غابوا)

الشهادة على الميت ولنا أن الاداء يقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهد عليه ولا يميز الاعمى الا
بالنعمة وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر فصار كالحدود
والقصاص ولو عمى بعد الاداء يمنع القضاء عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان قيام أهلية الشهادة شرط وقت
القضاء لصيرورتها حجة عنده وقد بطلت وصار كما اذا خرس أو جن أو فسق بخلاف ما اذا ماتوا أو غابوا لان الاهلية
بالموت قد انتهت وبأغيبته ما بطلت (قال ولا المملوك) لان الشهادة من باب الولاية
وقال أبو يوسف تجوز فيما طريقه السماع وما لا يكفي فيه السماع اذا كان بصيرا وقت التحمل ثم عمى عند
الاداء اذا كان يعرفه باسمه ونسبه وهو قول الشافعي ومالك وأحمد لانه اذا كان يعرفه باسمه ونسبه كفي
كالشهادة على الميت (ولنا أن الاداء يقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له وعليه) وهو منتف عن الاعمى الا
بالنعمة (وفيه) أي في التمييز بالنعمة شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود) فلم تقع ضرورة الى اهدار هذه
التهمة بخلاف وطء الاعمى زوجه وأمثه فانه لا يمكن التحرز عنه بجنس النساء فاهدرت دفعه لالحرج عنه
والاكتفاء بالنسبة في تعريف الغائب دون الحاضر بخلاف الميت لانه لا يمكن التحرز عنه بجنس الشهود على
ان الاشارة ثم تقع الى وكيل الغائب وصى الميت وهو قائم مقامه ولا حاجة الى الالتحاق بالحدود ومن جهة أن
شهادة الاعمى لا تقبل فيها بالاجماع بل ما تقدم يكفي اذا رد بتهمة ما في الحدود لا يستلزم الرد بتهمة في غيرها لان
ذلك يحتاج في درء الحكم فيها وأما الاستدلال بما ورد عن علي رضي الله عنه أنه رد شهادة الاعمى فيقول أبو
يوسف هذه واقعة حال لا عموم لها فجاز كونه كان في حدوده وقيد في الذخيرة قول أبي يوسف بما اذا كانت
شهادته في الدين والعقار أما في المنقول فاجمع علماءنا أن لا تقبل واستشكل بكتاب القاضي إلى القاضي فان
الشهود لا يشيرون الى أحد وتقبل وأوجب بان الشهود فيه يعرفون المشهود عليه ويقولون لورأينا عرفة
والاعمى لا يعرفه ذلورا لم يعرف حتى لو قالوا في كتاب القاضي لا يعرفه اليوم لم تقبل وأيضا فنقول كتاب القاضي
الى القاضي للضرورة والحاجة كما تقدم ولا ضرورة في شهادة الاعمى لما ذكرنا من امكان الاستغناء عنه
بجنس الشهود هذا قال فلو أدى بصيرا ثم عمى قبل القضاء امتنع القضاء عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان
قيام الاهلية شرط وقت القضاء لصيرورة الشهادة حجة عنده أي عند القضاء لانها انما ترد للقضاء فما يمنع
الاداء يمنع القضاء والعمى والخرس والجنون والفسق يمنع الاداء فيمنع القضاء وأبو يوسف قاسه بما اذا غاب
الشاهد بعد الاداء قبل القضاء ومات فلنا بالموت انتهت الشهادة وتمت وبأغيبته ما بطلت بخلاف العمى فانه
مبطل لها وفي المبسوط انه لا تجوز شهادة الاخرس باجتماع الفقهاء لان لفظة الشهادة لا تحقق منه ونقض بان
الاصح من قول الشافعي رحمه الله تقبل اذا كانت فيه اشارة فهو ميت بقولنا قال مالك وأحمد وهو قول للشافعي
ولاشك في تحقق التهمة في الاشارة فهو أولى بعدم القبول من الاعمى لان في الاعمى انما تحقق التهمة في نسبه
وهنا تحقق في نسبه وغيره من قدر المشهود به وأما مور آخر (قوله ولا تقبل شهادة المملوك) أي الرقيق وبه قال
مالك والشافعي وقال أحمد تقبل على الاحرار والعبيد وهو قول أنس بن مالك رضي الله عنه وهو قول عثمان
تجب الشهادة ولها قبلت رواية الاعمى وقال زفر رحمه الله وهو رواية عن أبي حنيفة توجه الله تقبل فيما

جواب عما يقال لا نسلم ان قيام الاهلية وقت القضاء شرط فان الشاهد اذا مات أو غاب قبل القضاء لا يمنع القضاء وهو
ولا أهلية عنده ووجه ذلك أن الاهلية بالموت انتهت والشئ يقرر بانتهائه وبأغيبته ما بطلت (قال ولا المملوك الخ) لا تقبل شهادة المملوك لان
الشهادة ولاية متعدية وليس له ولاية قاصرة فالولى أن لا يكون له ولاية متعدية

(قوله فصار كالحدود والقصاص) أقول عدم قبول شهادة الاعمى فيها لانها لا يثبتان بما يقوم مقام الغير كامر وليس كذلك الاموال الأبرى
أنها تثبت بالنسبة في كتاب القاضي الى القاضي مثلاً ككيف يلحق بهما (قال المصنف ولا المملوك لان الشهادة من باب الولاية) أقول لو كالة

في الآخرة وهو يؤكّد الاخبارية سلمناه لكن يلزم جهل الكاهن المتعددة كالسكامة الواحدة وهو خلاف الاصل سلمناه لكنه كان اذ ذلك جزء
فلا يرتفع بالتوبة كاصل الحد وهو تناقض ظاهر سلمناه لكنه كان أبداً بجواز من مدة غير متناهية وليس بمعهود سلمناه لكن جعله بجواز ليس بأولى
من جعل الاستثناء منقطعاً بل جعله منقطعاً أولى دفعاً للحدود وتعميم العتور على هذا المبحث يقتضي مطابقة تقريرنا في تقريرنا في الاستدلالات
الغاسدة قوله (ولو حصد الكافر) (٤٧٦) يعني اذا حصد الكافر في قذف لم تجز شهادته بعد ذلك على الكفار فاذا أسلم جازت شهادته

للفسق وقد ارتفع بالتوبة وقال الشافعي رحمه الله تعالى قبل اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى التائب
قلنا الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو قوله تعالى وأولئك هم الفاسقون وهو استثناء منقطع بمعنى لكن
(ولو حصد الكافر في قذف ثم أسلم تقبل شهادته) لان الكافر شهادة فكان ردّها من تمام الحد وبالا سلام
عليهم فائدة العلم بان التوبة تسقط العذاب فقاعدة قوله تعالى من قبل أن تقدروا عليهم ليس الاستعوط الحد
وهذا لاننا نقول بعود الاستثناء الى الاخرة فقط اذا تجرد عن دليل عوده الى السكّل فاما اذا افتقر به عاد اليها
كما يقول هو ان عوده الى السكّل اذا تجرد عن دليل عوده الى الاخرة فقط ولو افتقر به عاد اليها فقط وحينئذ
فالقياص على سائر الحدود غير صحيح لانها لم تقتصر بما يلزم من تمام الحد فكان قياساً مقابل النص
لا يقال رد الاستثناء الى الجملة الاخيرة يعني القاعدة لانه معلوم شرعاً ان التوبة تزيل الفسق بهذه الآية لانا
نقول كون التوبة تزيل استحقاق العقاب بعد ثبوته لا يعرف عقاباً بل يبرأ من ذلك ما يبرأ عليه من السمع
وهذا منه وكون آية أخرى تنفيذ لا يضر للقطع بان طريق القرآن تكرار الدوال خصوصاً اذا كان مطلوب
التاكيد كقوله الصلاة وقد تكرر قوله تعالى الا الذين تابوا لذلك الغرض في آية الا الذين تابوا الى قوله
فأولئك آتوب عليهم وأما التواب الرحيم في أخرى الا من تاب وآمن الى قوله تعالى فأولئك يدخلون الجنة ولا
يظلمون شيئا في أخرى الا من تاب الى قوله تعالى فأولئك يبدل الله سيئاتهم حسنات ومواضع أخرى عديدة
ولم يسع أن يقال في أحدها قد عرف هذا بآية أخرى فلا فائدة في هذا الا من أقدم على الكفر والعباد بالله
تعالى وانما كان هذا منه تعالى رحمة للعباد ليوكده هذا المعنى ولانه اذا لم يذكره الا في موضع واحد فغسي أن
لا يسمع بعض الناس فاذا تعددت مواضعه في لم يسمع تلك الآية مع تلك ومن لم يسمع تلك مع أخرى فكان
في تعدد افادة هذا المعنى نصب مظنة علمه لكل أحد مع تأكيد جانب عفو ولا تخصي شأه عليه وأما ما عن عمر
رضي الله عنه أنه قال لا يكره تب قبل شهادتك في ثبوته نظر لان راويه عمر وبن قيس ولو تركنا النظر في
ذلك كان معارضاً بما قاله لابي موسى الاشعري في كتابه له والمسلمون عدول بعضهم على بعض الاجود في
قذف أو يجز في شهادة زور أو ظنية بقراءة وقد قدمنا عليه السلام من رواية ابن أبي شيبه قوله صلى
الله عليه وسلم المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدود في قذف وبقوا نافعاً لسعيد بن المسيب وشرح
والحسن وابراهيم النخعي وسعيد بن جبير وهكذا روى عن ابن عباس رضي الله عنهم قال المصنف (أوهو استثناء
منقطع) وذلك لان التائبين ليسوا داخلين في الفاسقين فكانه قيل وأولئك هم الفاسقون لكن الذين تابوا
فان الله غفور رحيم أي يغفر لهم ويرحمهم واذا كان الرد من تمام الحد لم يكن مانعاً أي زاجراً يبقى بعد التوبة
كأصله أي كاصل الحد فانه لا يسقط بالتوبة فكذلك كان تمامه وفي المبسوط الصحيح من المذهب عندنا أنه
اذا أقام أربعة من الشهود على صدقه بعد الحد تقبل شهادته (قوله ولو حصد الكافر في قذف ثم أسلم تقبل
شهادته لان الكافر شهادة) في الجملة فكان ردّها من تمام شهادته وبالا سلام حدث له شهادة أخرى بخلاف
لسانه جزءاً فافا فيبقى بعد التوبة كأصله وهو الحد لان رد شهادته من تمام حده وأصل الحد لا يرتفع بالتوبة
فكذلك انهم له بخلاف المحدود في غير القذف لان الرد منه للفسق ولم يبق بالتوبة اذ التائب من الذنب كمن لا ذنب
له (قوله الاستثناء ينصرف الى ما يليه) وهو قوله وأولئك هم الفاسقون لانه للاستثناء لان ما قبله أمر

مطلق الا ان الكافر شهادة
على مثله ومن له ذلك وحده
في القذف كان رد شهادته
من تمام حده وبالا سلام
حدث له شهادة مطلقة غير
الاولى فلا يكون الرد من
تمامها والعبد اذا حصد في
القذف ثم أعقق لا تقبل
شهادته لانه لم يكن له شهادة
فتقدر الكلام حينئذ
فاجلدهم ولا تقبلوا لهم
شهادة أبداً وفسقوهم
ويكون اشارة صيغة الاخبار
للمباغضة قوله كما في قوله
وبالوالدين احساناً) أقول
حيث أول باحسناً قوله
سلمناه لكنه كان اذ ذلك
جزءاً فلا يرتفع بالتوبة
أقول لا يلزم من كونه جزءاً
أن يكون حداً فان الحد هي
العقوبة المقدرة وعدم قبول
الشهادة ليس كذلك مع أن
أصل الحد هنا يسقط بعفو
المعذور وحالة المشار اليه
بقوله تعالى وأصلحو فان
من جملة الاصلاح الاستحلال
أشهر الي في التلويح (قوله
لكنه كان أبداً بجواز الخ)
أقول فيه بحث فانه بان على
حقيقته في حق غير التائب
الذي هو الباقي بعد الدنيا
وانتهى عن القبول بالنسبة
الى شهادتهم فليست امل (قال المصنف وهو استثناء منقطع بمعنى لكن) أقول

حدث

أقول

قال العلامة النسفي في الكافي لان التائبين ليسوا من الفاسقين فكان معناه ولكن الذين تابوا فان الله يغفر لهم ذنوبهم ويرحمهم فكان كلاماً
مبتدأ غير متعلق بما قبله انتهى وفي قوله لان التائبين الخ بحث ظاهر اذله أن يقول الاستثناء من قوله وأولئك وهو الظاهر كما في أمثاله (قوله في
الاستدلالات الغاسدة) أقول في باب وجوه الوقوف على أحكام النظم

الاما كان بعد العتق فجعل ردها من تمام حده وطول بالفرق بين مسلم زني في دار الحرب فخرج الى دار الاسلام وبين العبد اذا حدى في العتق حديث جعل العتق فاعتق في حق حصول أهلية الشهادة ولم يجعل الزنا قائما الى حصول نفوذ الولاية وتفرق بينهما بان الزنا لم ينعمده وجباني دار الحرب للعبد لا نقطاء الولاية فلا ينقلب موجباً والعتق موجب في حق الاصل فيوجب الوصف عند مكانه واعتراض على كلام المصنف بانه لا فائدة في تقييد الحد بكونه قبل الاعتاق لانه اذا حدى بعد الاعتاق ترد الشهادة أيضا للملاقاة (٤٧٧) الحد وقت قبول الشهادة فوجب الرد وأما اذا قذف الكافر مسلما ثم أسلم فحدى في حال اسلامه لم تقبل شهادته ولو حدى قبل الاسلام قبلت فكان ذكر الحد قبل الاسلام مقيداً والجواب أن فائدة تطبيق المستثنين في عروض ما يعرض بعد الحد مع وقوع الاختلاف المخرج الى العتق وأما أن الشهادة لا تقبل بعد الاعتاق كما أنها لا تقبل قبله فلا منافاة فيه قال (ولا تقبل شهادة الوالد لولده وولده لولده ولا شهادة الولد لولده وأجداده لقوله صلى الله عليه وسلم لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الولد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيدته ولا المولى لعبد ولا الاجير لمن استأجره) قبل ما فائدة قوله لسيدته فان العبد لا شهادة له في حق أحد وأوجب بانه ذكره على سبيل الاستتار فانه عليه السلام لمساعد مواضع التهمة ذكر العبد مع السيد فكانه قال لو قبلت شهادة العبد في موضع من المواضع على سبيل الغرض لم تقبل في حق سيده ولان المنافع بين الاولاد والاباء

حدثت له شهادة أخرى بخلاف العبد اذا حدى ثم اعتق لانه لا شهادة للعبد أصلاً تمام حده يرد شهادته بعد العتق (قال ولا شهادة الولد لولده وولده لولده ولا شهادة الولد لولده وأجداده) والاصل فيه قوله عليه السلام لا تقبل شهادة الولد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيدته ولا المولى لعبد ولا الاجير لمن استأجره ولان المنافع بين الاولاد والاباء متصلة ولهذا لا يجوز ادعاء الزكاة اليهم فتكون شهادة العبد اذا حدى في قذف ثم اعتق لا تقبل شهادته لانه لم تكن له شهادة اذ ذلك فلم يكن كون تقييد حده يرد الشهادة التي تجددت له وقد طولب بالفرق بينه وبين من زنى في دار الحرب ثم خرج الى دار الاسلام لا يحد حيث توقف حكمه الموجب في العبد الى ان أمكن ولم يتوقف في الزاني دار الحرب الى الامكان بالخروج الى دار الاسلام واجب بان الزاني دار الحرب لم يقع موجبا أصلاً لعدم قدرة الامام فلم يكن الامام مخاطباً باقامته أصلاً لان القدرة شرط التكليف فلو حدى بعد سخر وجهه من غير سبب آخر كان بلا موجب وغير الموجب لا ينقلب موجباً بنفسه خصوصاً في الحد المطلوب درؤه أو ما قذف العبد فوجب حال صدوره للحد غير أنه لم يمكن تمامه في الحال فتوقف تقييده على حدوثها بعد العتق قال في المدسوط بعد أن ذكر فرق المصنف هذا الفرق على الرواية التي يقبل فيها خبر المحدود في القذف في البيانات أما على رواية المتأني أن لا تقبل فالفرق أن الكافر بالاسلام استفاد عدالة لم تكن موجودة عند اقامته الحد وهذه الدالة لم تصر مجرحة باقامة الحد بخلاف العبد فانه بالعتق لا يستفيد عدالة لم تكن من قبل وقد صارت عدالة مجرحة باقامة الحد ثم لا فائدة في تقييد الجواب في العبد بكون العتق بعد الحد في قوله اذا حدى ثم اعتق لانه لو لم يحد حتى اعتق فحداً لا تقبل أيضاً ولكن وندسه كذلك لانه سيق لبيان الفرق بينه وبين الكافر والكافر لو قذف مسلماً ثم حدى لم تقبل شهادته ولو حدى بعض الحد في حال كفره وبعضه في حال اسلامه ففيه اختلاف الروايتين ومرفى حد القذف وفي هذه المسئلة ثلاث روايات لا تسقط شهادته حتى يقام عليه تمام الحد تسقط اذا أقيم أكثره تسقط اذا ضرب سوطاً لان ضروره ذلك القدر الحكم شرعاً بكذب (قوله ولا شهادة الوالد) وإن علل لولده وان سفل (ولاشهادة الولد لولده وأجداده) أما لولده من الرضاع فتقبل الشهادة قال المصنف والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم لا تقبل الخ وهذا الحديث غريب وإنما أخرجه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق من قول شريح قال لا تجوز شهادة الابن لابيه ولا الاب لابنه ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا الشريك لشريكه في الشئ يذبح مالاً لكن في غيره ولا الاجير ان استأجره ولا العبد بسيدته انتهى وقال ابن أبي شيبة حدثنا وكيع عن سفيان به وأخرجنا عنه عن ابراهيم النخعي لكن الخصاص وهو أبو بكر الرازي الذي شهد له أكبر المشايخ أنه كبير في العلم واه بسنده الى عائشة رضي الله عنها ناصالح بن زريق وكان ثقة ثنائياً و ابن معاوية الفزارى عن يزيد بن زياد الشامي عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تجوز شهادة الوالد لولده ولا

متصلة ولهذا لا يجوز دفع الزكاة اليهم واتصالها يوجب أن تكون الشهادة لنفسه من وجه أو أن يتكفى فيه شبهة قال المصنف رحمه الله (قوله والقذف موجب في حق الاصل) أقول من أراد الاصل الحد (قوله لا تقبل شهادة الوالد الخ) أقول ومالك يخالفنا في قرابة الولد وهو يعتبرها بالشهادة عليهم كذا في النهاية والكافي وشرح الكنز للزبلي وقال العلامة السكاكي في معراج الدراية ما وجدت هذا في الكتب المشهورة ولا صاحب مالك رحمه الله

(والمراد بالاجير على ما قال المشايخ هو التليذ الخاص الذي بعد ضرر استاذ ضرر نفسه ونفعه بنفسه وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع باهل البيت وقيل المراد الاجير مسانحة أو مشاهرة أو مياومة فيستوجب الاجر عن نفعه عند أداء الشهادة فيصير كالاستاجر عليها قال الولد والده والمرأة زوجها ولا الزوج لأمه ولا العبد لسيدته ولا السيد لعبده ولا الشريف لشره ولا الاجير بان استأجره انتهى وقد فسر في رواية شريح أمر الشريف كذا المصنف أيضا عنه صلى الله عليه وسلم لا شهادة للقانع باهل البيت وهو بعض حديث رواه أبو داود في سننه عن محمد بن راشد عن سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد شهادة القانع والخائنة وذو الغمر على أخيه وشهادة القانع باهل البيت وأجازها غيرهم قال أبو داود الغمر الشحنة وكذا رواه عبد الرزاق في مصنفه وعنه رواه أحمد قال في التلخيص محمد بن راشد وثقه أحمد بن حنبل ويحيى بن معين وغيرهما وتكلم فيه بعض الأئمة وقد تابعه غيره عن سليمان بن راشد وعنه عمرو بن شعيب الخراج بن أوطاة في ابن ماجه وآدم بن فائد في المدارق ولم يذكر فيه القانع وأخرج الترمذي عن يزيد بن زبادة المشقة عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا يولد حذو ولا ذي غمر على أخيه ولا يجرب بشهادة زور ولا القانع باهل البيت ولا الظنين في ولا ولا قرابة انتهى وقال غريب لا يعرفه إلا من حديث يزيد بن زبادة المشقة وهو يضعف في الحديث قال والغمر العداوة انتهى وقال أبو عبيد الغمر العداوة والقانع القانع لاهل البيت كالمهم قال يعني يطلب معاشه منهم والظنين المتهم في دينه فهذا الحديث لا ينزل عن درجة الحسن فاذا ثبت رد القانع وان كان عدلا فالولد والوالد ونحوهما أولى بالرد لان قرابة الولاد أعظم في ذلك فيثبت حينئذ رد شهادتهم بدلالة النص ويكون دليلا على صحة حديث الترمذي المذكور فيه ولا ظنين في ولا ولا قرابة وان كان روايه مضعفا اذ ليس الراوي الضعيف كل ما روي به باطل انما مرد لثمة الغلط اضعفه فاذا قامت دلالة أنه أجاد في هذا المتن وجب اعتباره صحاح وان كان من روايته ولان المنافع بين الاولاد والآباء متصلة فتكون شهادة لنفسه من وجه ولكون قرابة الولاد كنفسه من وجه لم يجز شرعا وضع الزكاة فيهم وعلى هذا كان شريح حتى رد شهادة الحسن رضي الله عنه حين شهد مع قنبر لعلي رضي الله عنه فقال على أما سمعت أنه صلى الله عليه وسلم قال للحسن والحسين هما سيدا شباب أهل الجنة قال نعم صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكن انت بشاهد آخر فقيل عزله ثم أعاده وزاد في رقة فقيل رجع على رضي الله عنه الى قوله وقوله والمراد بالاجير على ما قالوا التليذ الخاص الذي بعد ضرر استاذ ضرر نفسه ونفعه بنفسه وهو معنى قوله صلى الله عليه وسلم لا شهادة للقانع باهل البيت وقد ذكرناه في الخلاصة والتليذ الخاص الذي باكل معه وفي عياله وليس له اجرة معلومة وقيل المراد بالاجير مسانحة أو مشاهرة أو مياومة لانه اذا كانت اجارته على هذا النوع دخلت منفعة التي هي الاداء في أجرته فيكون مستوجب الاجر كما فيصير كالاستاجر عليها لان العقد وقع موجباً لتلك المنفعة ولهذا يستحق الاجرة بتسليم نفسه وان لم يعمل بخلاف الاجير المشترك حيث تقبل شهادته للمستاجر لان العقد لم يقع موجباً لتلك المنفعة بل وقع على عمل معين له ولهذا لا يستحق الاجرة حتى يعمل فافتقر فاوفا في العيون قال محمد رحمه الله في رجل استأجر رجلاً واحداً فشهد له الاجير في ذلك اليوم القياس أن لا تقبل ولو كان أجيراً خاصاً فشهد قلم يعدل حتى ذهب الشهر ثم عدل قال أبطها كرجل شهد لأمه أنه ثم طلقها ولو شهد ولم يكن أجيراً ثم صار أجيراً قبل أن يقضى فأنى أبطل شهادته فان لم تبطل حتى بطلت الاجارة ثم أعاد الشهادة جازت كالمرة اذا طلقها قبل أن ترد شهادته ثم أعادها تجوز وما في زيادات الاصل من قوله تقبل شهادة الاجير حمل على الاجير المشترك كما حل ما في كماله الاصل لا تجوز شهادة الاجير على الاجير الخاص لما في فوائد ابن رستم قال محمد لا أجبر شهادة الاجير مشاهرة وان كان أجبر مشترك البيت والقانع السائل من القنوع لان القنوعة أو ارا من يكون مع القوم كالخادم والتابع والاجير ونحوه

والمراد بالاجير على ما قال المشايخ هو التليذ الخاص الذي بعد ضرر استاذ ضرر نفسه ونفعه بنفسه وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع باهل البيت وقيل المراد الاجير مسانحة أو مشاهرة أو مياومة فيستوجب الاجر عن نفعه عند أداء الشهادة فيصير كالاستاجر عليها قال الولد والده والمرأة زوجها ولا الزوج لأمه ولا العبد لسيدته ولا السيد لعبده ولا الشريف لشره ولا الاجير بان استأجره انتهى وقد فسر في رواية شريح أمر الشريف كذا المصنف أيضا عنه صلى الله عليه وسلم لا شهادة للقانع باهل البيت وهو بعض حديث رواه أبو داود في سننه عن محمد بن راشد عن سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد شهادة القانع والخائنة وذو الغمر على أخيه وشهادة القانع باهل البيت وأجازها غيرهم قال أبو داود الغمر الشحنة وكذا رواه عبد الرزاق في مصنفه وعنه رواه أحمد قال في التلخيص محمد بن راشد وثقه أحمد بن حنبل ويحيى بن معين وغيرهما وتكلم فيه بعض الأئمة وقد تابعه غيره عن سليمان بن راشد وعنه عمرو بن شعيب الخراج بن أوطاة في ابن ماجه وآدم بن فائد في المدارق ولم يذكر فيه القانع وأخرج الترمذي عن يزيد بن زبادة المشقة عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا يولد حذو ولا ذي غمر على أخيه ولا يجرب بشهادة زور ولا القانع باهل البيت ولا الظنين في ولا ولا قرابة انتهى وقال غريب لا يعرفه إلا من حديث يزيد بن زبادة المشقة وهو يضعف في الحديث قال والغمر العداوة انتهى وقال أبو عبيد الغمر العداوة والقانع القانع لاهل البيت كالمهم قال يعني يطلب معاشه منهم والظنين المتهم في دينه فهذا الحديث لا ينزل عن درجة الحسن فاذا ثبت رد القانع وان كان عدلا فالولد والوالد ونحوهما أولى بالرد لان قرابة الولاد أعظم في ذلك فيثبت حينئذ رد شهادتهم بدلالة النص ويكون دليلا على صحة حديث الترمذي المذكور فيه ولا ظنين في ولا ولا قرابة وان كان روايه مضعفا اذ ليس الراوي الضعيف كل ما روي به باطل انما مرد لثمة الغلط اضعفه فاذا قامت دلالة أنه أجاد في هذا المتن وجب اعتباره صحاح وان كان من روايته ولان المنافع بين الاولاد والآباء متصلة فتكون شهادة لنفسه من وجه ولكون قرابة الولاد كنفسه من وجه لم يجز شرعا وضع الزكاة فيهم وعلى هذا كان شريح حتى رد شهادة الحسن رضي الله عنه حين شهد مع قنبر لعلي رضي الله عنه فقال على أما سمعت أنه صلى الله عليه وسلم قال للحسن والحسين هما سيدا شباب أهل الجنة قال نعم صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكن انت بشاهد آخر فقيل عزله ثم أعاده وزاد في رقة فقيل رجع على رضي الله عنه الى قوله وقوله والمراد بالاجير على ما قالوا التليذ الخاص الذي بعد ضرر استاذ ضرر نفسه ونفعه بنفسه وهو معنى قوله صلى الله عليه وسلم لا شهادة للقانع باهل البيت وقد ذكرناه في الخلاصة والتليذ الخاص الذي باكل معه وفي عياله وليس له اجرة معلومة وقيل المراد بالاجير مسانحة أو مشاهرة أو مياومة لانه اذا كانت اجارته على هذا النوع دخلت منفعة التي هي الاداء في أجرته فيكون مستوجب الاجر كما فيصير كالاستاجر عليها لان العقد وقع موجباً لتلك المنفعة ولهذا يستحق الاجرة بتسليم نفسه وان لم يعمل بخلاف الاجير المشترك حيث تقبل شهادته للمستاجر لان العقد لم يقع موجباً لتلك المنفعة بل وقع على عمل معين له ولهذا لا يستحق الاجرة حتى يعمل فافتقر فاوفا في العيون قال محمد رحمه الله في رجل استأجر رجلاً واحداً فشهد له الاجير في ذلك اليوم القياس أن لا تقبل ولو كان أجيراً خاصاً فشهد قلم يعدل حتى ذهب الشهر ثم عدل قال أبطها كرجل شهد لأمه أنه ثم طلقها ولو شهد ولم يكن أجيراً ثم صار أجيراً قبل أن يقضى فأنى أبطل شهادته فان لم تبطل حتى بطلت الاجارة ثم أعاد الشهادة جازت كالمرة اذا طلقها قبل أن ترد شهادته ثم أعادها تجوز وما في زيادات الاصل من قوله تقبل شهادة الاجير حمل على الاجير المشترك كما حل ما في كماله الاصل لا تجوز شهادة الاجير على الاجير الخاص لما في فوائد ابن رستم قال محمد لا أجبر شهادة الاجير مشاهرة وان كان أجبر مشترك البيت والقانع السائل من القنوع لان القنوعة أو ارا من يكون مع القوم كالخادم والتابع والاجير ونحوه

يؤخر نفسه من غير في مدة الإجارة قال (ولا تقبل شهادة أحد الزوجين إلا بخبره) لأن الاملاك بينهما متبصرة
والأيدى متبصرة) أي بكل واحد منهما مجتمعة بنفسها غير متفرقة في ملك الآخر غير متعدية اليه ولهذا يقتضى من أحدهما ألا يخرج ويحس
بدينه وكل من كان كذلك تقبل شهادته في حق صاحبه كالأخوين وأولاد العم وغيرهم لا يقال في قبول شهادة أحدهما إلا بخبره للتلشد
لأن كل واحد منهما يمد نفع صاحبه نفع نفسه لأن ذلك ليس بقصد بل حصل في صمن (٤٧٩) الشهادة فلا يكون معتبرا كرب
الدين إذا شهد لمن عليه

الدين وهو مفلس فانما
تقبل وان كان له فيه نفع
لخصوله ضمنا (ولنا ما وينا)
من حديث عائشة رضي
الله عنها أنه صلى الله عليه
وسلم قال لا تجوز شهادة
الوالد لولده ولا الولد لوالده
ولا المرأة لزوجها ولا الزوج
لامرأته (ولان الانتفاع
متصل) وهذا هو المولى جارية
امراته وقال ظننت أنهم يتحل
لي لا يحد (وهو) أي الانتفاع
(هو المقصود) من الاموال
(فيصير شاهد لنفسه من
وجهه أو يصير منهما) في
شهادته بغير النفع الى نفسه
وشهادة انهم مردودة (قوله
بخلاف شهادة الغريم)
جواب عما ذكره الشافعي
وجهه أن الغريم لا ولاية
له على المشهود به اذ هو مال
المدون ولا تصرف له عليه
بخلاف الرجل فانه لكونه
قواما عليها والذي يتصرف
في مالها عادة لا يقال الغريم
اذا ظفر بجنس حقه يأخذه
لان الظفر أمر موهوم
وحق الاختصاص عليه ولا
كذلك الزوجان قال (ولا
شهادة المولى لعبده الخ)
لا تقبل شهادة المولى لعبده

(ولا تقبل شهادة أحد الزوجين إلا بخبره) وقال الشافعي رحمه الله تقبل لأن الاملاك بينهما متبصرة والأيدى
متبصرة ولهذا يجزى القصاص والحبس بالدين بينهما ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمنا كفى الغريم
اذا شهد ادبونه المفلس ولنا ما وينا ولان الانتفاع متصل عادة وهو المقصود فيصير شاهد لنفسه من وجهه
أو يصير منهما بخلاف شهادة الغريم لانه لا ولاية له على المشهود به (ولا شهادة المولى لعبده) لانه شهادة
قبات شهادته اه وأما شهادة الاستاذ للتلميذ والمستاجر للاجير فقبولة لان منافعهما ليست بمملوكة
للمشهود له (قوله ولا تقبل شهادة أحد الزوجين إلا بخبره) ولو كان المشهود له من الزوجات أو الزوج
مملوكا وقال الشافعي تقبل وبقولنا قال مالك وأحمد وقال ابن أبي ليلى والثوري والنخعي لا تقبل شهادة
الزوج لزوجها لان لها حق في ماله لو جوب نفعها وتقبل شهادة الزوج لزوجها لعدم التهمة وجه الشافعي
أن الاملاك بينهما متبصرة والأيدى متبصرة أي كل يد في حيز غير حيز الآخر فهي مجموعة عنه من حاز
الشيء منعه فلا اختلاط فيها ولهذا يجزى بينهما القصاص والحبس بالدين ولا معتبر بما بينهما من المنافع
المشتركة لكل منهما بمال الآخر لانه غير مقصود بالشكاح لانه لم يقصد لان ينفع كل منهما بمال الآخر
وانما ثبت ذلك تبعاً للمقصود عادة وصار كالغريم اذ شهد لمدبونه المفلس بماله على آخر تقبل مع توهم
أنه يشاركه في منفعته ولنا ما وينا من قوله صلى الله عليه وسلم ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته وقد
سمعت انه من قول شريح ومرفوع من رواية الخفاف ولولم يثبت فيه نص كني المعنى فيه والخاف بقرابة
الولاد في ذلك الحكم بجامع شدة الاتصال في المنافع حتى يعد كل غنيا بمال الآخر ولذا قال نعالى ووجدك
عائلا فاغنى قيل بمال خديجة رضي الله عنها بل ربما كان الاتصال بينهما في المنافع والانساط فيها أكثر
مما بين الآباء والاولاد بل قد يعادى أبوه لرضاز وجهه وهي لرضاء ولان الزوجية أصل الولاد لان الولادة
عنها تثبت فيلحق بالولاد فيما يرجع الى معنى اتصال المنافع كما أعطى كسر بيض الصيد حكم قتل الصيد عندنا
بخلاف القصاص لان بعد الموت لازوجيته وفي المحيط لا تقبل شهادته بعدتة من رجعي ولا بان لقيام النكاح في
بعض الاحكام ولو شهد أحدهما للآخر في حادثة فردت فارتفعت الزوجية فاعاد تلك الشهادة تقبل بخلاف ماله
ردت لنفسه ثم تاب وصار عدلا وأعاد تلك الشهادة لا تقبل وبه قال مالك وأحمد والشافعي في الاصح لان القاضي
لم يرد هاهنا مكدباً في تلك الشهادة شرعاً فلا تقبل بخلاف شهادة العبد والكافر والصبي اذ ردت ثم أعتق وأسلم
وبلغ وأعادها تقبل وبه قال الشافعي وأحمد وقال مالك وهو رواية عن أحمد لا تقبل كالردة للفسق قلنا ردت شهادتهم
لعدم الاهلية لا لتهمة الكذب وهي كافية في الردة اذا صار وأهلاً لا تقبل ولو قيل الرد في الفسق لا يستلزم الحكم
بكذب بل مجرد تهمة به وبالأعادة في العدة لا ترفع تهمة كذبه في تلك الشهادة بعينها فيجب قبولها احتياج الى
الجواب فصا والحاصل كل من ردت شهادته لمعنى وزال ذلك المعنى لا تقبل اذا أعادها بعد زوال ذلك المعنى الا العبد
اذا شهد فردا الكافر والاعمى والصبي اذا شهد كل منهم فرد ثم أعتق وأسلم وأبصر وبلغ فشهدوا في تلك الحادثة
بعينها تقبل ولا تقبل فيما سواهم وتقبل لامراته وأبها ولزوج بنته وامرأة ابنه وامرأة أبيه ولاخت امرأته
(قوله ولا شهادة المولى لعبده) لما تقدم من رواية الخفاف ولانه شهادة لنفسه من كل وجه اذ لم يكن على
لانه بمنزلة السائل يطلب معاشه منهم (قوله بخلاف شهادة الغريم لانه لا ولاية له على المشهود به) أي لا يثبت له

لما وينا ولان شهادته له شهادة لنفسه من وجهه أو من كل وجه وذلك لانه لا يتخلوا ما أن يكون على العبد دين أو لا فان كان الاول قهسى له من وجهه
قال المصنف والأيدى متبصرة) أقول قال ابن الهمام أي يد كل منهما في حيز غير حيز الآخر فهي مجموعة عنه من حاز الشيء مجتمعة فلا اختلاط
فيها انتهى وفي القاموس وغيره تجوز بمعنى تبحر انتهى وهذا المعنى هو الانسب هنا (قوله بخلاف الرجل لكونه قواما) أقول بخلافه
المرأة فان لها حق الاختصاص في نفسها والظفر ليس موهوما

(ولامدمن الشرب على الله ولانه ارتكب محرم دينه) والمراد به كل من أدمن على شرب شيء من الاشربة المحرمة نجرا كانت أو غيرهما مثل السكر ونقيع الزبيب والمنصف وشرط الادمان ليظهر ذلك عند الناس فان المتهم بشرى الخرق بينه مقبول الشهادة وان كان كبيرة (ولامن ياعب بالطيب ولانه يورث غفلة) لا يؤمن بها على الاقدام على الشهادة مع نسيان بعض الحادثة ثم هو مصر على نوع لعب (ولانه قد يقف على عورات) النساء بصعود سطحه لتطير طيره) وذلك فسق فاما اذا كان يستأنس بالحمام في بيته فهو عدل مقبول الشهادة الا اذا خرجت من البيت فانها تأتي بحمامات غيره فتقرخ في بيته وهو يبيعه ولا يعرفه من حمام نفسه فيكون آكالا للحرام وفي بعض النسخ ولامن يلعب بالطنبور وهو المغني فهو مستغنى عنه بقوله ولا من يغني للناس فانه أعم من أن يكون معه آلة لهو أو لا وانما لم يكتف عن ذكره بما ذكر من المغني لانها كانت على الاطلاق وهذا مقيد بكونه للناس حتى لو كان غناؤه لنفسه لازالة وحشته لا باس به عند عامة المشايخ وهو اختيار شمس الائمة السرخسي واختاره المصنف وعلل بانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة وأصل ذلك ما روي عن أنس بن مالك أنه دخل على أخيه البراء بن مالك وهو يتغنى وكان من زهاد الصحابة رضي الله عنهم ومن المشايخ من كره جميع ذلك وبه أخذ شيخ الاسلام (٤٨١) خواهر زادو رجل حديث البراء

على أنه كان ينشد الاشعار المباحة التي فيها الوعظ والحكمة واسم الغناء قد يطلق على ذلك

(ولامدمن الشرب على الله) لانه ارتكب محرم دينه (ولامن ياعب بالطيبور) لانه يورث غفلة ولانه قد يقف على عورات النساء بصعوده على سطحه ليطير طيره وفي بعض النسخ ولامن يلعب بالطنبور وهو المغني (ولامن يغني للناس) لانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة

قال بعد ذلك ولا من يغني للناس فورد أنه تكرر ارفع لم يذكر من قوله مغنية والوجه أن اسم مغنية ومغني انما هو في العرف ان كان الغناء حرفته التي يكتب بها المال ألا ترى اذا قيل ما حرفته أو ما صناعته يقال مغني كما يقال خياط أو حداد فاللفظ المذكور هنا يراد به ذلك غير أنه خص المؤنث به ليوافق لفظ الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الناحيات لعن الله المغنيات ومعناهم أن ذلك لوصف التغني لا لوصف الانوثة ولا للتغني مع الانوثة لان الحكم المترتب على مشتق انما يفيد أن وصف الاشتقاق هو الالة فقط لا مع زيادة أخرى نعم هو من المرأة أنحس لرفع صوته وهو حرام ونصوا على أن التغني للهو أو لجمع المال حرام بلا خلاف ومثل هذا لفظ الناحية صار عرفا لم جعلت النباحة مكسبة وحينئذ كأنه قال لا تقبل شهادة من اتخذ التغني صناعة يا كل جهال من لم يكن ذلك صناعته ولذا علة في الكتاب بانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة وفي النهاية أن الغناء في حقه من مطلقا حرام لرفع صوته وهو حرام فلذا أطلق في قوله مغنية وقيد في غناء الرجال بقوله للناس ولا يخفى أن قوله من يغني للناس لا يخص الرجال لان من تطلق على المؤنث خاصة فضلا عن الرجال والنساء معا وكون صلاته واقعة بتدكير الضمير في قوله يغني بالياء من تحت لا يوجب خصوصه بالرجال لا عرف أنه يجوز في ضميرها مراعاة المعنى ومراعاة اللفظ ومراعاة اللفظ أولى وان كان المعنى على التانيث فكيف اذا كان المعنى أعم من المؤنث والمذكر فان قلت لتعليل المصنف رحمه الله بجمع الناس على كبيرة يقتضي أن التغني مطلقا حرام وفي المستصفي واعلم بان التغني حرام في جميع الاديان فقال في الزيارات واذا وصي بما هو معصية عندنا وعند أهل الكتاب وذكركمنا الوصية للمغنيين والمغنيات وحتى عن طهير الدين المرغيناني رحمه الله أنه قال من قال لمقرئ زماننا أحسن عند قراءته يكفر (قوله ولا مدمن الشرب على الله) أطلق الشرب على الله وفي حق

فضلا عن ضم الغناء اليه ولهذا لم يقيد ههنا) أقول فيه بحث لان المراد بالمغنية التي اتخذت ذلك مكسبا فلا حاجة الى التقيد وليكون المراد هو ذلك علة الشارح بقوله لا ارتكاب ما المحرم طمعاً في المال فأسرع مانسي ثم ما ذكره جازي النوح بعينه فبالله لم يكن مسقطا للعدالة اذا ناحت في مصيبة نفسها فلا بد أن يكون المراد منها في مسألة الزادات من كان التغني مكسبه فليست مثل (قوله ولا مدمن الشرب على الله) لانه ارتكب محرم دينه

(٦١ - فتح القدير والكفاية - سادس) أقول فيه بحث لان الظاهر من تعليل المصنف بقوله لانه ارتكب محرم دينه وقوله ولا من ياتي بايمن السكبا تراخ ان مراده غير الخمر وأما في الخمر فلا يشترط ما ذكر على ما اختاره الخصاص فتأمل فان الكلام مجالا واسعا (قوله وهو مستغنى عنه الخ) أقول فيه بحث لان كثير من الناس يلعب بالطنبور ولا يغني قال ابن قدامة المغني في الملاحى نوعان محرم وهو الاسلالم المطربة من غير غناء كالمرمار سواء كان من عود أو قصب كالاشباب أو غيره كالطنبور والعود والمعز فلما روي أبو أمامة أنه صلى الله تعالى عليه وسلم قال ان الله تعالى بعثني رحمة للعالمين وأمرني بحق المعازف والمزامير لانه مطرب مصدع ذكر الله تعالى والنوع الثاني مباح وهو الدف في الشكاج وفي معناه ما كان من حادث سرور ويكره (قوله وانما لم يكتف عن ذكره بما ذكر من المغني الخ) أقول لانهم حكم الرجال بتعالي عكس ما هو الاصل وفيه بحث (قوله لانها كانت على الاطلاق) أقول فيه بحث (قوله واختاره المصنف وعلل بانه يجمع الناس الخ) أقول فيه بحث فان ذلك لتعليل يدل على اختيار المصنف ما اختاره شيخ الاسلام فان اجتماعهم للاسماع وأن يكون الاستماع كذلك وذلك يكون المسموع كبيرة

وان كان مقاده بالذات أن الاستماع كبيرة لانهم انما يجتمعون على الاستماع بالذات الآن كون الاستماع محرما ليس الا حرمة المسموع وليس كذلك فانه اذا تغنى بحيث لا يسمع غيره بل نفسه ليدفع عنه الوحشة لا يكره وقيل ولا يكره اذا فعله ليستغديه نظم القوافي ويصبر فصيح اللسان وقيل ولا يكره الاستماع للناس اذا كان في العرس والوليمة وان كان فيه نوع لهو بالنص في العرس فالجواب أن في التغنى لا يسمع نفسه ولدفع الوحشة بخلاف بين المشايخ منهم من قال لا يكره انما يكره ما كان على سبيل الله واحتجابا بما عن أنس بن مالك رضى الله عنه انه دخل على أخيه البراء بن مالك وكان من زهاد الصحابة وكان يتغنى وبه أخذ شمس الأئمة السرخسي رحمه الله ومن المشايخ من كره جميع ذلك وبه أخذ شيخ الاسلام ويحمل حديث البراء بن مالك انه كان ينشد الاشعار المباحة التي فيها ذكر الحكم والمواعظ فان لفظ الغناء كما يطلق على المعروف يطلق على غيره قال صلى الله عليه وسلم من لم يتغن بالقرآن فليس منا وان شاد المباح من الاشعار لا بأس به ومن المباح أن يكون فيه صفة امرأة مرسله بخلاف ما اذا كانت بعين احية واذا كان كذلك فإذن يكون المصنف رحمه الله قاتلا بتعميم المنع كشيخ الاسلام رحمه الله الا ناعرف ان هذا أن التغنى المحرم هو ما كان في اللفظ مالا يحل كصفة الذكر والمرأة المهيمنة الحية ووصف الخمر المهيج البه والذورات والحانات والهجوم لمسلم أو ذمى اذا أراد المتكلم هجاءه لا اذا أراد انشاد الشعر للاستشهاد به أو لتعلم فصاحتهم بلاغته ويدل على أن وصف المرأة كذلك غير مانع ما سلف في كتاب الحج من انشاد أبي هريرة رضى الله عنه وهو محرم قامت تريك رهبة أن تمضجا * ساقا بختنا دنا وكعبا أدوما

وانشاد ابن عباس رضى الله عنهما * ان يصدق الطير نك لميسا * لان المرأة فيهما ليست معينة فلولوا أن انشاد ما فيه وصف امرأة كذلك جائز لم نقله الصحابة وما يقطع به في هذا قول كعب بن زهير بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم

وماسع اذ غداة البين اذ رحلوا * الأغن غضيض الطرف مكحول
تجول عوارض ذي ظلم اذا ابتسمت * كأنه منهل بالراح معسول
وكثير في شعر حسان من هذا كقوله وقد سمعته النبي صلى الله عليه وسلم منه ولم ينكره في قصيدته التي أولها
تبلى فؤادك في المنام خريدة * تسقى الضحى ببارد بسام
فاما الزهريات المجردة عن ذلك المتضمنة وصف الرياحين والازهار والمياه المطربة كقول ابن المعتز
سقاها بغايا نخلج كأنه * اذا صافحته راحة الريح مبرد
يعنى سقى تلك الرياض وقوله

وترى الرياح اذا مسحن غديره * صقلته وتغنى كل قذاة
ما نزال عليه طلي كارعا * كتطلع الحسناء في المرأة
فلا وجه لمنعه على هذا انهم اذا قيل ذلك على الملاحى امتنع وان كان مواعظ وحكايات لان نفسها لا لذلك التغنى والله أعلم وفي المغنى الرجل الصالح اذا تغنى بشعر فيه فحش لا تبطل عدا التوفى معنى ابن ندامة الملاحى نوعان محرم وهو الآلات المطربة بلاغناء كالزمار والطنبور ونحوه ملأوى أبو أمامة أنه عليه السلام قال ان ابنة تعالى بعثنى رجة للعالمين وأمرني بحق المعازف والمزامير والنوع الثاني مباح وهو الدف في النكاح وفي معناه ما كان من حادث سرور ويكره غيره لما عن عمر رضى الله عنه انه كان اذا سمع صوت الدف بعث ينظر فان كان في واحة سكنت وان كان في غيره عمد بالردة وفي الاجناس مثل محمد بن شعاع عن الذي يترجم مع نفسه قال لا يقدح في شهادته وأما القسراء قبل الحان فاياها قوم وحظرها قوم والمختاران كانت الاحانة لا تخرج الحرور عن نظامها وقد وذاها في مباح والافغير مباح كذا ذكر وقد قدمنا في باب الاذان ما يغيبد أن التلحين لا يكون الامع تغيير مقتضيات الحروف فلامعنى هذا التفصيل ونقلنا هناك عن الامام أحمد رحمه الله أنه قال للسائل عن لقراءة بالتلحين وندأجاب بالمنع اسمك قال محمد فقال أي عجبك أن يقال لك يا موحامد هذا

هذا وأما الناحية فظاهر أنها أيضاً في العرف لمن اتخذت النباحة مكسبة فاما اذا ناحت لنفسها فصرح في الذخيرة قال لم برد الناحية التي تنوح في مصيبتها بل التي تنوح في مصيبة غيرها اتخذت ذلك مكسبة لانها ارتكبت معصية وهي الغناء لاجل المال فلا يؤمن أن ترتكب شهادة الزور لاجل ذلك وهو أيسر عليهما من الغناء والنوح في مدة طويلة ولم يتعقب هذا أحد من المشايخ فيما علمت لكن بعض متأخري الشارحين نظر فيه بأنه معصية فلا فرق بين كونه للناس أو لا قال صلى الله عليه وسلم لعن الله الصالقة والحالقة والشاقة وقال عليه السلام ليس منامن ضرب بالحدود وشق الجيوب ودعا بدعوى الجاهلية وهو ما في صحيح البخاري ولا شك أن النباحة ولو في مصيبة نفسها معصية لكن الكلام في أن القاضى لا يقبل شهادته لذلك وذلك يحتاج الى الشهرة ليصل الى القاضى فانما قيد بكونه للناس لهذا المعنى وان فهو برده عليه مثله في قوله ولا مدمن النرب على اللهو ويد شرب الاشربة المحرمة خيراً وغيره واقطع محمد رحمه الله في الاصل ولا شهادة مدمن خمر ولا شهادة مدمن السكر يريد من الاشربة المحرمة التي ليست خمر افعال هذا الشارح يشترط الادمان في الخمر وهذه الاشربة يعني الاشربة المحرمة لسقوط العدالة مع أن شرب الخمر كسيرة بلا قيد الادمان ولهذا لم يشترط الخصاص في شرب الخمر الادمان لكن نص عليه في الاصل كما سمعت فها هو جوابه هو الجواب في تعييد المشايخ بكون النباحة للناس ثم هو نقل كلام المشايخ في توجيهه اشترط الادمان انه انما شرط ليظهر عند الناس فان من شرب سراً لا تسقط عدالة ولم يتنفس فيه بكاهة واحدة فكذلك التي ناحت في بيتها لم يصيدتها لا تسقط عدالتها عدم اشتهار ذلك عند الناس وانظر الى تعليل المصنف رحمه الله بعد ذكر الادمان بأنه ارتكبت محرم دينه مع أن ذلك ثابت بالادمان فانما أراد انه اذا مدمن حينئذ يظهر انه مرتكب محرم دينه فترد شهادته بخلاف التي استمرت تنوح للناس لظهوره حينئذ فتكون كالذي يسكر ويخرج سكران وتلعب به الصبيان في رد شهادته وصرح بان الذي يتهم بشرب الخمر لا تسقط عدالته ومنهم من فسر الادمان بنيته وهو أن يشرب ومن نيته أن يشرب مرة أخرى وهذا هو معنى الاصرار وأنت تعلم انه سيذكر رد شهادة من يأتي بابان أبواب الكبائر التي تتعلق بها الحد وشرب الخمر منها من غير توقف على نسبة أن يشرب ولان النية أمر مبطل لا يظهر للناس والمدارة التي تتعلق بوجودها حكم القاضى لا بد أن تكون ظاهرة لانخبة لانهم معرفة والخفي لا يعرفوا لظهور بالادمان الظاهر نعم بالادمان الظاهر يعرف اصراره لكن بطلان العدالة لا يتوقف في الكبائر على الاصرار بل أن يات بها ويعلم ذلك وانما ذلك في الصغار وقد اندرج فيما ذكرنا شرح ذلك وأما من يلعب بالطيور فلا نه يورث غلة وهذا كانه بالخاصية المعروفة بالاستقرار او ترد شهادة المغفل لعدم الامن من زيادته ونقصه ولانه يغفل على عورات النساء لصعود سطحه ليظهر طيره وهذا يقتضى منع صعود السطح مطابقاً الآن براد أن ذلك يكثر منه لهذه الداعية فان الداعية الى الشيء كالخرب في اقتضاء المواظبة عليه كافي لعب الشطرنج فانه يشاهد فيه داعية عظيمة على المواظبة حتى انهم بما يستمررون النهار والليل لا يسألون عن كل ولا شرب وهذا من أظهر وجهه على انه من دواعي الشيطان والوجه أن اللعب بالطيور فعل مستخف به يوجب في الغالب اجتماع اناس اراذل وصحبة ثم وذلك مما يسقط العدالة هذا وفي تفسير الكبائر كلام فقيل هي السبع التي ذكرت في الحديث وهي الاشرار بالله والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت المؤمن والزنا وشرب الخمر وزاد بعضهم كل الربا وكل مال النميم وفي البخاري عنه عليه السلام اجتنبوا سبع الموبقات قالوا يا رسول الله وما هن فذكرها وفيها السحر وكل الربا وكل مال النميم وفيه عنه عليه السلام ألا نبشركم باكبائر الكبائر قالوا بلى يا رسول الله قال الشرك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس وكان متكئاً فجلس فقال ألا قول الزور وشهادة الزور فما زال يكررها الحديث وقد عد أيضاً

المشروب ليتناول جميع الاشربة المحرمة من الخمر والسكر وغيرهما فان الادمان شرط في الخمر أيضاً وفي فتاوى قاضخان رحمه الله ولا تقبل شهادة مدمن الخمر ولا مدمن السكر ثم قال وانما شرط الادمان ليظهر ذلك عند الناس فان من شرب الخمر في بيته لا تبطل عدالته وان كانت كبيرة وانما يبطل اذا ظهر ذلك أو

(ولأن يأتي بابا من الكبائر التي يتعلق بها الخس) للفسق قال (ولأن يدخل الحمام من غير متزجر) لأن كشف العورة حرام (أو يأكل الربا أو يقام بالنرد والشرط نج) لأن كل ذلك من الكبائر وكذلك من تغوئه الصلاة

منها السرقة وورد في الحديث من جمع بين صلاتين من غير عذر فقد أتى بابا من أبواب الكبائر وقيل الكبيرة ما فيه حد وقيل ما ثبتت حرمة بنص القرآن وقيل ما كان حراما لعينه ونقل عن خواهر زاده أنها ما كان حراما محضاً مسمى في الشرع فاحشة كاللواط أو لم يسم بها لكن شرع عليها عقوبة محضبة بنص قاطع ما في الدنيا بالحد كالسرقة والزنا وقتل النفس بغير حق أو الوعيد بالنار في الآخرة كما كل مال اليتيم ولا تسقط عدالة شارب الخمر بنفس الشرب لأن هذا الحد ما ثبت بنص قاطع إلا إذا دام على ذلك فإن العدالة تزول بالاصرار على الصغائر فهذا أولى وهذا يخالف ما تقدم من عدم شرب الخمر من الكبائر في نفس الحديث وذكره الأصحاب وفي الخلاصة بعد أن نقل القول بأن الكبيرة ما فيه حد بنص الكتاب قال وأصحابنا لم يأخذوا بذلك وإنما بنوا على ثلاثة معان أحدهما كان شنيعاً بين المسلمين وفيه هنك حرمة الله تعالى والثاني أن يكون فيه منابذة المروءة والكرام وكل فعل يرفض المروءة والكرام فهو كبيرة والثالث أن يصير على المعاصي والفجور ولا يخفى ما في هذا من عدم الانضباط وعدم الصحة أيضاً وما في الغناوى الصغرى العدل من يحتنب الكبائر كلها حتى لو ارتكب كبيرة تسقط عدالته وفي الصغائر العبرة للغلبة لتصير كبيرة حسن ونفسه عن أدب القاضي لعصام وعليه الموعول غير أن الحكم بزوال العدالة بارتكاب الكبيرة يحتاج إلى الظهور فلذا شرط في شرب الخمر والسكر الأمان بالله سبحانه وتعالى أعلم ولا تقبل شهادة من يجلس بحال الفجور والمجانة على الشرب وإن لم يشرب لأن اختلاط بهم وتركه الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وفي الذخيرة والمحيط وكذا الأمانة على المعاصي والحث عليها من جملة الكبائر (قوله ولأن يدخل الحمام من غير متزجر) كشف العورة حرام وفي الذخيرة إذا لم يعرف رجوعه عن ذلك وأما ما ذكره الكرخي أن من مشى في الطريق بسراويل ليس عليه غيره لا تقبل شهادته فليس للمعترمة بل لأنه يخل بالمروءة (قوله أو يأكل الربا) قوله ولأن يفسد الأفعال المستحقة) أما كل الربا فكثير أطلقوه وقيدوه في الأصل بأن يكون مشهوراً به فقبل لأن مطلقه لو اعتبر بمنعنا لم يقبل شاهدان العقود الفاسدة كلها في معنى الربا وقيل من يباشر عقود البياعات ويسلم دأماً منه وقيل لأن الربا ليس بحرام محض لأنه يفيد الملك بالقبض كسائر البياعات الفاسدة وإن كان عاصياً مع ذلك فكان ناقصاً في كونه كبيرة والمانع في الحقيقة هو ما يكون دليلاً على إمكان ارتكاب شهادة الزور وشهادة الزور وحرام محض فالعدل عليه الأبد من كونه كذلك بخلاف كل مال اليتيم حيث ترد شهادته بجره وقيل لأنه إذا لم يشتر به كان الواقع ليس بالانتماء لكل الربا ولا تسقط العدالة به وهذا أقرب ومرجعه إلى ما ذكر في وجه تقييد شرب الخمر بالأمان وأما قوله ليس بحرام محض فلا تعويل عليه والدال على تجوز شهادة الزور ومنه يكفي كونه مرتكباً محظوراً عنه ألا ترى إلى ما قال أبو يوسف إذا كان الفاسق وجبها تقبل شهادته بعد أن يشهد بالزور لو جاهدته على ما تقدم ثم لم يرتض ذلك لأنه يخاف لنص

يخرج سكران فيسخر منه الصبيان لأن مثله لا يحتج به عن الكذب وفي الذخيرة ولا تجوز شهادة مدمن الخمر ولا مدمن السكر لأنه كبيرة ثم شرط الأمان ولم يرد به الأمان في الشرب وإنما أراد به الأمان في الشبهة يعني يشرب ومن يثبته أنه يشرب بعد ذلك أذ وجدته ولا تجوز شهادة مدمن السكر وأراد به في سائر الأشربة سوى الخمر لأن المحرم في سائر الأشربة بالسكر فشرط الأمان على الشرب ولأن من يغني للناس وإنما قيد بقوله للناس لأنه إذا غني بحيث لا يسمع غيره ولكن يسمع نفسه لآلة الوحشة قبلت شهادته ولا يقال إن فيه تكراراً بعد ذكر المغنية قبل هذا لأننا نقول ذلك مخصوص بالمرأة وهذا عام ولأن الأولى في تغني المرأة مطلقاً لأن رفع الصوت فيها حرام خصوصاً إذا كان مع الغناء وهذا في التغني للناس (قوله ولأن يأتي بابا من الكبائر التي يتعلق بها الحد) واختلفوا في تغني الكبيرة قال بعضهم هي السبع التي ذكرها رسول

قال (ولا من يأتي بابا من الكبائر الخ) من أتى بشئ من الكبائر التي يتعلق بها الحد فسق وسقطت عدالته وهذا بناء على أن الكبيرة أعم مما فيه حد وقتل وقال أهل الحجاز وأهل الحديث هي السبع التي ذكرها رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحديث المعروف وهي الأسر بكائه والغار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت المؤمن والزنا وشرب الخمر وقال بعضهم ما كان حراماً لعينه فهو كبيرة (ولأن يدخل الحمام من غير متزجر) كشف العورة حرام ولا من يأكل الربا لأنه كبيرة ولا من يلعب بالنرد أو الشرط نج) إذا انضم إليه أحد أمور ثلاثة القمار أو تغويت الصلاة بالاشتغال به أو أكلت الأيمان الكاذبة لأن هذه الأشياء من الكبائر والمصنف لم يذكر الثالثة لأن الغالب فيه الأولان ولم يفرق بين النرد والشرط نج في شرط أحد الأمرين وفرق في الذخيرة وجعل اللعب بالنرد مسقطاً للعدالة بمجرد لقوله عليه السلام ما عون من لعب بالنرد والمعون

لا يكون عدلا ويجوز أن يكون افراد قوله فأما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع (٤٨٥) من قبول الشهادة اشارة الى ذلك

(قوله لان الاجتهاد فيه

مساغا) قيل لان ما اسكا

والشافعي يقولان بحل اللعب

بالشطرنج بشرط أن يكون

أكل الربا مشهورا به لان

الانسان قلما يجوع عن

مباشرة العقود الفاسدة

وكل ذلك رافلا وردت شهادته

اذا ابتلى به لم يسق أحد

مقبول الشهادة غالبا وهذا

بخلاف أكل مال اليتيم

فانه يسقط العدالة وان لم

يشهره لعدم عموم البلوى

(ولامس في فعل الافعال

المستحقة) وفي نسخة المحقرة

وفي أخرى المستحقة وفي

أخرى المستحقة وفي أخرى

المستحقة كلها على اسم

المفعول سوى المستحقة بلفظ

اسم الفاعل من السخيف

وهو النسبة الى السخيف

رقة العقل من قولهم ثوب

سخيف اذا كان قليل الغزل

وصحح صاحب الغرر

هذه الاخيرة (كالبول

والاكل على الطريق

(قوله فاما مجرد اللعب

بالشطرنج فليس بفسق)

أقول قال السكاكي في معراج

الرباية واللعب بالشطرنج

يمنع قبول الشهادة بالاجماع

اذا كان مدمنا عليه أو

يقاض أو تفوته الصلاة أو

أكثر عليه الخلف بالكذب

والباطل اه في قول

الاكمل اذا انضم اليه

أحد أمور ثلاثة بحث

(قوله سوى المستحقة الخ)

لا يشغلهم فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من الشهادة لان الاجتهاد فيه مساغا وشروط في الاصل أن يكون أكل الربا مشهورا به لان الانسان قلما يجوع عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك رافلا (ولامن يفعل الافعال المستحقة كالبول على الطريق والاكل على الطريق) لانه تارك للمروءة

الكتاب قوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا واما الاول فالمراد بالمتخصص بعقد على الاموال الربوية فيه تفاضل أو نسيئة بل أكثرها كانوا عليه ونزلت آية الى باب سب اقراضهم المقدار كالمائة وغيره بأكثر منه أو الى أجل فان لم يقضه فيه أربى عليه فتزيد الكمية وهذا هو المنداول في غالب الازمان لا يبيع درهم بدرهمين فربما لا يتفق ذلك أصلا أو لا قليلا وأما كل مال اليتيم فلم يقبده أحد ونصو انه بجرة وأنت تعلم انه لابد من الظهور للقاضي لان الكلام فيما يرد به القاضي الشهادة فكانه بجرة يظهر لانه يحاسب فيه انه اسنة نقص من المال والحاصل أن الفسق في نفس الامر مانع شرعا غير أن القاضي لا يرتب ذلك البعد لظهوره فالحل سواء في ذلك ولذا نقول اذا علم انه يلعب بالنرد وشهادته سواء قام به أو لم يقام لم ينافي حديث أبي داود من لعب بالنردشير فقد عصى الله ورسوله ولعب الطاب في بلادنا مثله لانه يرمى وي طرح بلا حساب واعمال فذكر وكل ما كان كذلك مما أحدثه الشيطان وعمله أهل الغفلة فهو حرام سواء قوس به أولا فاما الشطرنج فقد اختلف في اباحته فعندنا لا يجوز وكذا عند الامام أحمد لما روينا فانه قد قيل ان النرد شير هو الشطرنج وما سمي في باب الكراهة ان شاء الله تعالى من قوله عليه الصلاة والسلام كل لهو المؤمن باطل الا ثلاثة تأديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع أهله ورواه أبو داود عن عقبة بن عامر عنه عليه الصلاة والسلام ليس من الله الا ثلاث ناديب الرجل فرسه وملاعبته أهله ورميه بقوسه ونهله وعند الشافعي ومالك يباح مع الكراهة ان تجرد عن الخلف كاذبا والكذب عليه وناخير الصلاة عن وقتها والمعاصرة به فلما كان الاجتهاد فيه متجسدا مساعا لم تسقط العدالة به وأما ما ذكر من أن من يلعبه على الطريق ترد شهادته فلا تباية الامور المحقرة ولا تقبل شهادة أهل الشبهة وهو الذي يسمى في ديار نادكا كلاله اما ساحرا أو كذابا أعنى الذي ياكل منها ويتخذها مكسبة فأما من علمها ولم يعملها فلا وصاحب السيماعلى هذا (قوله ولامن يفعل الافعال المستحقة) وفي بعض النسخ المستحقة وفي بعضها المستحقة وان لم تكن في نفسها محرمة والمستحقة بفتح الخاء وكسر هاء أي التي يستخف الناس فاعلمها أو الخصلة التي تستخف الغافل فيبدون منه ما يليق وعلى هذا المعنى قوله تعالى ولا يستخفك الذين لا يؤمنون وذلك (كالاكل على قارة الطريق) يعني بمرأى الناس والبول عليها ومثله الذي يكشف عورته ليستنجي من جانب بركة والناس حضوره قد كثر ذلك في ديارنا من العامة وبعض من

الله عليه السلام في الحديث المعروف وهو الاشرار بالله والغرام من الزحف بعقوب الوالدين ونيل النفس بغير حق وبهت المؤمن والزنا وشرب الخمر وقول أهل الحجاز وأهل الحديث وزاد بعضهم على هذه السبع أكل الربا وأكل مال اليتيم بغير حق وقال بعضهم ما كان حراما لعينه فهو ككبيرة وأصح ما قيل فيه هو ما نقل عن شمس الأئمة الحوافي رحمه الله انه قال ما كان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله تعالى والدين فهو من جملة الكبائر وكذلك الاعانة على المعاصي والفجور والحث على ما من جملة الكبائر فوجب سقوط العدالة كذا في الاخيرة (قوله فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع بالشهادة) وفي الاخيرة ولا تقبل شهادة من يلعب بالشطرنج لكن بشرط انضمام احدي المعاني الثلاثة اذا قاسر عليه أو شغله عن الصلاة أو أكثر الخلف عليه بالكذب والباطل لان هذه الاشياء الثلاثة من الكبائر ومن يلعب بالنرد فهو مردود الشهادة على كل حال قال عليه السلام ملعون من لعب بالنرد ومن كان ملعونا كيف يكون عدلا (قوله لان الاجتهاد فيه مساغا) قال مالك والشافعي رحمه الله يحل اللعب بالشطرنج (قوله والاكل على الطريق) يعني به بجرى الناس وذكر في فتاوى قاضيان رحمه الله ولا تقبل شهادة من باكل في السوق بين أيدي الناس لان ذلك لا يفعل من كان له مروءة ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف وفي المستصفي السلف جمع سالف وهو الماضي

أقول أي الافعال التي تكون سببا لنسبة صاحبها الى السخيف ورقة العقل ثم أقول يمكن أن يكون المستحقة بالتخفيف على وزن المفعول كالسنة

وإذا كان لا يستحي عن مثل ذلك لا يمنع عن الكذب فيهم (ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف) انظهور

لا يستحي من الطائفة والمشي بسر أو بل فقط ومدرجه عند الناس وكشف رأسه في موضع يعد فعله خفة وسوء أدب وقلة مروءة وحياء لأن من يكون كذلك لا يعد منه أن يشهد بالزور وفي الحديث عنه عليه الصلاة والسلام ان مما أدرك الناس من كلام النبوة الأولى إذا لم تستح فاصنع ما شئت وعن السرخسي لو أن شيخنا صارع الأحداث في الجامع لم تقبل شهادته لأنه سخط وأما أهل الصناعات الدينية كالكساح وهو الذي يسمى في عرف ديار مصر قنواقي والزبال والحائك والحجام فقبل لا تقبل وبه قال الشافعي وأحد وجه بكثرة خلفهم الوعد وكذبهم ورأيت أكثر خلف للوعد السهم كبرى والأصح قبل لا تقبل لأنهم لا يهاقون ما لا يهون فإلم يعلم القادح لا يبنى على ظاهر الصناعة ومثله الخناسون والدالون فانهم يكذبون كثيرًا زبادة على غيرهم مع خلفهم فلا يقبل إلا من علم عدالتهم منهم وقبل لا تقبل شهادة بائع الأكفان قال شمس الأئمة هذا إذا ترصد ذلك العمل فاما إذا كان يبيع الشباب ويشتري منه الأكفان فقبل لعدم تنبيه الموت للناس والطاعون وقبل لا تقبل شهادة الصكاكين لأنهم يكتبون هذا ما اشتري فلان أو باع أو أجز وقبض المبيع قبل وقوعه فيكون كذبًا ولا فرق في الكذب بين القول والكتابة والصحيح قبل إذا كان غالب أحوالهم الصلاح فانهم غالبًا إنما يكتبون بعد صدور العقد وقبل صدوره يكتبون على المجاز تنزيلاً له منزلة الواقع ليستغفروا عن الكتابة إذا صدر المعنى بعد هارود بعض العلماء شهادة القروى والاعرابي وعامة العلماء تقبل الإجماع غيره ولا تقبل شهادة الطفلي والرقاص والمجازف في كلامه والمسخرة بلا خلاف وفي الحديث ويل للذي يحدث ويكذب كي يهلك منه الناس ويل له ويل له وقال نصير بن يحيى من يشتم أهله ومساكينه كثير في كل ساعة لا تقبل وإن كان أحيانًا تقبل وكذا الشتم للحيوان كذا يشتمه وأما في ديارنا فكثر يشتمون بائع الدابة فيقولون قطع الله يمينه بأكف ولا من يحلف في كلامه كثيرًا ونحوه وحكى أن الفضل بن الربيع شهد عند أبي يوسف فرد شهادته فشقاه إلى الخليفة فقال الخليفة ان وزيري رجل دين لا يشهد بالزور فلم رددت شهادته قال لا في سمعته يومًا قال للخليفة أنا عبدك فان كان صادقًا فلا شهادة للعبد وان كان كاذبًا فكذلك فعذره الخليفة والذي عند أبي يوسف شهادته ليس لكذبه لأن قول الحر لغيره أنا عبدك مجاز باعتبار معنى القيام بخدمة وكوّن تحت أمرك ممثلاً له على أهانة نفسه في ذلك والتسليم بالمجاز على اعتبار الجامع ووجه الشبه ليس كذا بمحظور وإنما هو واقع بالمجاز في القرآن وليكن رده لما يدل عليه خصوص هذا المجاز من اذلال نفسه وتقلعه لأجل الدنيا فر بما يعز هذا الكلام إذا قبل للخليفة فعدل إلى الاعتذار بما يقر من خاطره والحاصل فيه أن ترك المروءة مسقط للعبد وقيل في تعريف المروءة أن لا يأتى الإنسان بما يعتذر منه مما يخسه عن مرتبته عند أهل الفضل وقيل السمات الحسن وحفظ اللسان وتجنب السخف والمجون والارتفاع عن كل خلق دنيء والسخف رقة العقل من قولهم ثوب مخيف إذا كان قليل الغزل وعن أبي حنيفة لا تقبل شهادة البخيل وقال مالك إن أفرط لأنه يؤديه إلى منع الحق (قوله ولا من يظهر سب السلف) كالصحابه والتابعين ومنهم أبو حنيفة رحمه الله وكذا العلماء وأنص أبو

وفي الشرع اسم لكل من يقلد مذهبه ويعتق أثره كأبي حنيفة وأصحابه رجههم الله فانهم سلفهم والصحابه والتابعون سلف أبي حنيفة وأصحابه كذا ذكره بدر الدين وفي الذخيرة قال أبو يوسف لا يجيز شهادة من يشتم أصحاب رسول الله عليه السلام لأنه لو شتم واحداً من الناس لا تجوز شهادته فهو ناأوى وتقبل شهادة أهل الأهواء الهوى ميلان النفس إلى ما يستلذه من الشهوات وانما سبوا به لما تبعتهم النفس ومخالفتهم السنة كالخوارج وغيرهم فان أصول الأهواء ستة الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل ثم كل واحد يصير اثني عشر فرقة فيبلغ إلى اثنين وسبعين فرقة وفي الذخيرة شهادة أهل الأهواء مقبولة عندنا إذا كان هوى لا يكفر به صاحبه ولا يكون ما جناه يكون عدلاً في تعاطيه وهو الصحيح وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة أهل الأهواء لأنهم فسقة إذا فسق اعتقاداً غلطاً منه تعاطياً ولا شهادة لافاسق ولنا أن الفاسق إنما لا تقبل شهادته لثمة الكذب والفسق من حيث الاعتقاد لا بديل على ذلك لأنه إنما وقع في الهوى

لأن فيه ترك المروءة وإذا كان لا يستحي من مثل ذلك (الظاهر أنه لا يمنع عن الكذب) فكان متحماً (ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف) وهما الصحابه والتابعون منهم أبو حنيفة (انظهور)

بفتح النون من السخف والسبب حينئذ تكون أصلية وأما المسخفة بالشد بدعي صيغة المفعول كالمستقرة بفتح القاف فالسبب فيها زائدة (قال المصنف وإذا كان لا يستحي عن مثل ذلك لا يمنع عن الكذب) أقول قال العلامة السكاكي وفي المحیط لا تقبل شهادة الخناسين والدالين لأنهم يكذبون كثيراً فاما من كان عدلاً منهم تقبل شهادتهم اهـ

فسقه) وقيد بالاطهار حتى لو اعتقد ذلك ولم يظهره فهو عدل روي ابن سماعة عن أبي يوسف أنه قال لا أقبل شهادة من سب أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقبل شهادة من يبرأ منهم وفرقوا بان اظهار سبهم لا ياتي به الا الاسماء السخيفة وشهادة السخيف لا تقبل ولا كذلك المتبرئ لانه يعتقد ديناً وان كان على باطل فلم يظهر فسقه (وتقبل شهادة أهل الأهواء الخطابية) منهم والهوى ميلان النفس الى ما يستأنبه من الشهوات وانما عوايه لما بهتهم النفس ومخالفتهم السنة كالخوارج والروافض فان أصول الأهواء الجبر والقلوب والرغبات والخروج والتشبيه والتعطيل ثم كل واحد منهم يغتر اثني عشر فرقة (وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادتها (٤٨٧) دهم لانه أغلط وجوه الفسق) اذا الفسق من حيث الاعتقاد

فسقه بخلاف من يكتمه (وتقبل شهادة أهل الأهواء الخطابية) وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل لانه أغلط وجوه الفسق ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد وما وقع فيه الا نبيه به وصار كن يشرب الميثاق أو يأكل من روك النسيمة عامداً مستبجاً لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي أما الخطابية فهم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتمكنت التهمة في شهادتهم قال (وتقبل شهادة أهل الزمة بعضهم على بعض وان اختلفت مللهم)

يوسف على عدم قبوله قال لانه اذا اظهر سب واحد من المسلمين تسقط عدالته فاذا اظهر في واحد من الصحابة كيف يكون مقبولا وقيد بالاطهار لانه لو اعتقد ذلك لم يظهر فهو على عدالته تقبل شهادته ولذا قال أبو يوسف من روى اية ابن سماعة لا أقبل شهادة من يشتم أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقبل شهادته من يتبرأ منهم لان اظهار التسمية مجزئة وسفه ولا ياتي به الا الاوضاع والاسقاط وشهادة السخيف لا تقبل ولا كذلك المتبرئ لانه يعتقد ديناً مرضياً عند الله وان كان على باطل فالحاصل انه من أهل الأهواء وشهادة أهل الأهواء جائزة (قوله وتقبل شهادة أهل الأهواء) كلهم من المعتزلة والقدرية والخوارج وسائرهم تقبل شهادتهم على مثلهم وعلى أهل السنة الخطابية وهم طائفة من الروافض لا لخصوص بدعتهم وهو اهدم بل لتهمة الكذب لما نقل عنهم أنهم يشهدون لمن حلف لهم أنه محق أو يرون وجوب الشهادة لمن كان على رأيهم وهو الذي ذكره المصنف ففتح قبول شهادتهم لشيعتهم لذلك ولغير شيعتهم للامر الاول وما نقله المصنف عن الشافعي هو قول مالك وأبي حامد من الشافعية وأما قول الشافعي فكقولنا لا اختلاف وجهه قول مالك ما ذكر أن البسطة في الاعتقاد من أعظم الفسوق فوجب رد شهادته بالآية ولنا أن صاحب الهوى مسلم غير منهم بالكذب لانه يتحريمه حتى انه لم يكفر به كالخوارج فهو أبعدهم من التهمة به وأما الآية فانها مخصوصة بالفسق من حيث الاعتقاد مع الاسلام فكان المراد منها الفسق الفعلي ولذا قال محمد بقبول شهادة الخوارج اذا اعتقدوا ولم يقاتلوا فاذا قاتلوا ردت شهادتهم لاظهار الفسق بالفعل والدليل على التخصيص اتفاقنا على قبول روايتهم للحديث وفي صحيح البخاري كثير منهم مع اعتقادهم بالغلو في الصحة مع أن قبول الرواية أيضاً مشروط بعدم الفسق بظاهرها وبالمنع وهو أن رد شهادة القاسق لتهمة الكذب وذلك منتف فيهم والخطابية نسبة الى أبي الخطاب وهو محمد بن أبي وهب الاجدع وقيل محمد بن أبي زينب الاسدي الاجدع وخرج أبو الخطاب بالكوفة وحارب عيسى بن موسى بن علي بن عبد الله بن عباس وأظهر الدعوة الى جعفر فتبرأ منه جعفر ودعا عليه فقتل هو وأصحابه قتله وصلبه عيسى بالكنايس (قوله وتقبل شهادة أهل الزمة بعضهم على بعض) قيد بها الخرج شهادتهم على المسلم ويدخل في اللفظ شهادة أهل مله منهم على أهل مله

لانه عمق في الدين الا ترى أن منهم من يعظم الذنب حتى يجعله كفراً فيكون متمنعاً عن الكذب كن تساول المثلث أو متروك التسمية عامداً معتقداً باحتماله لا يصير به مردوداً الشهادة (قوله الا الخطابية الخطابية قوم من الروافض ينسبون الى أبي الخطاب محمد بن أبي وهب الاجدع وكان يزعم أن علياً له الاكبر وجعفر

فسقه بخلاف من يكتمه (وتقبل شهادة أهل الأهواء الخطابية) وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل لانه أغلط وجوه الفسق ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد وما وقع فيه الا نبيه به وصار كن يشرب الميثاق أو يأكل من روك النسيمة عامداً مستبجاً لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي أما الخطابية فهم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتمكنت التهمة في شهادتهم قال (وتقبل شهادة أهل الزمة بعضهم على بعض وان اختلفت مللهم)

يوسف على عدم قبوله قال لانه اذا اظهر سب واحد من المسلمين تسقط عدالته فاذا اظهر في واحد من الصحابة كيف يكون مقبولا وقيد بالاطهار لانه لو اعتقد ذلك لم يظهر فهو على عدالته تقبل شهادته ولذا قال أبو يوسف من روى اية ابن سماعة لا أقبل شهادة من يشتم أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقبل شهادته من يتبرأ منهم لان اظهار التسمية مجزئة وسفه ولا ياتي به الا الاوضاع والاسقاط وشهادة السخيف لا تقبل ولا كذلك المتبرئ لانه يعتقد ديناً مرضياً عند الله وان كان على باطل فالحاصل انه من أهل الأهواء وشهادة أهل الأهواء جائزة (قوله وتقبل شهادة أهل الأهواء) كلهم من المعتزلة والقدرية والخوارج وسائرهم تقبل شهادتهم على مثلهم وعلى أهل السنة الخطابية وهم طائفة من الروافض لا لخصوص بدعتهم وهو اهدم بل لتهمة الكذب لما نقل عنهم أنهم يشهدون لمن حلف لهم أنه محق أو يرون وجوب الشهادة لمن كان على رأيهم وهو الذي ذكره المصنف ففتح قبول شهادتهم لشيعتهم لذلك ولغير شيعتهم للامر الاول وما نقله المصنف عن الشافعي هو قول مالك وأبي حامد من الشافعية وأما قول الشافعي فكقولنا لا اختلاف وجهه قول مالك ما ذكر أن البسطة في الاعتقاد من أعظم الفسوق فوجب رد شهادته بالآية ولنا أن صاحب الهوى مسلم غير منهم بالكذب لانه يتحريمه حتى انه لم يكفر به كالخوارج فهو أبعدهم من التهمة به وأما الآية فانها مخصوصة بالفسق من حيث الاعتقاد مع الاسلام فكان المراد منها الفسق الفعلي ولذا قال محمد بقبول شهادة الخوارج اذا اعتقدوا ولم يقاتلوا فاذا قاتلوا ردت شهادتهم لاظهار الفسق بالفعل والدليل على التخصيص اتفاقنا على قبول روايتهم للحديث وفي صحيح البخاري كثير منهم مع اعتقادهم بالغلو في الصحة مع أن قبول الرواية أيضاً مشروط بعدم الفسق بظاهرها وبالمنع وهو أن رد شهادة القاسق لتهمة الكذب وذلك منتف فيهم والخطابية نسبة الى أبي الخطاب وهو محمد بن أبي وهب الاجدع وقيل محمد بن أبي زينب الاسدي الاجدع وخرج أبو الخطاب بالكوفة وحارب عيسى بن موسى بن علي بن عبد الله بن عباس وأظهر الدعوة الى جعفر فتبرأ منه جعفر ودعا عليه فقتل هو وأصحابه قتله وصلبه عيسى بالكنايس (قوله وتقبل شهادة أهل الزمة بعضهم على بعض) قيد بها الخرج شهادتهم على المسلم ويدخل في اللفظ شهادة أهل مله منهم على أهل مله

لانه عمق في الدين الا ترى أن منهم من يعظم الذنب حتى يجعله كفراً فيكون متمنعاً عن الكذب كن تساول المثلث أو متروك التسمية عامداً معتقداً باحتماله لا يصير به مردوداً الشهادة (قوله الا الخطابية الخطابية قوم من الروافض ينسبون الى أبي الخطاب محمد بن أبي وهب الاجدع وكان يزعم أن علياً له الاكبر وجعفر

أهل الزمة بعضهم على بعض مقبولة عندنا وان اختلفت مللهم كاليهودي مع النصراني وقال ابن أبي ليلى ان اتفقت مللهم وفيه لا تقبل شهادة الطفلي والمشعوذ والرافض والمسخرة بلا خلاف وفي مناقب أبي حنيفة رحمه الله لا تقبل شهادة الخيل وقال مالك بن أنس في الخيل لا تقبل قال الزبيدي وفي النهاية شهادة الخيل لا تقبل فالظاهر أنه أراد به من يخيل بالواجبات كالزرافة والزجرات والاقارب اه (قال المصنف وقال الشافعي لا تقبل لانه أغلط وجوه الفسق) أقول عدم قبول شهادة أهل الأهواء مذهب مالك وأبي حامد من الشافعية وأما قول الشافعي فقولنا لا اختلاف (قوله فانه معطوف على قوله ما حكم من ولايتهم من شئ الآيه) أقول هذه الآية في سورة الانفال (قوله

قبلت لقوله عليه السلام لا شهادة لأهل مله على أهل مله أخرى إلا المسلمين فشهادتهم مقبولة على أهل الملل كلها والجواب أنه مخالف لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم أولياء بعض والمراد به الولاية دون الموالاة فإنه معطوف على قوله ما لكم من شيء والعطف قرينة برأيه تناسب المعاني (وقال مالك والشافعي لا تقبل لأنه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الظالمون) والظالم فاسق (فيجب التوقف في خبره) لقوله تعالى إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا فاصار كالمرتد ولا تقبل شهادة المندرجين جنسه وخلاف جنسه (ولنا ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض) رواه جابر بن عبد الله وأبو موسى (ولأن الذي من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار) وكل من هو كذلك (فله أهلية الشهادة على جنسه) كالمسلمين فإن قيل المسلم له أهلية على جنسه وعلى خلاف جنسه دون الذي فبطل القياس فالجواب أن القياس في الذي كذلك لكن ترك خلاف الجنس بقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا واعتبرض بأن الله تعالى قال بمن ترضون من المشركين والكافرين ليس بمرضى بالنسبة إلى الشهادة علينا ومطلقا والأول مسلم وليس بمرضى بقوله والثاني ممنوع إذ ليس ما يمنع وضائعا يمنع شهادة بعضهم على (٤٨٨) بعض (قوله والغسق من حيث الاعتقاد غير مانع) جواب عن قوله لأنه فاسق وتقريره

والفسق مانع من حيث إعطى محرم الدين أو من حيث الاعتقاد والثاني ممنوع والأول مسلم لكن فسق الكافر ليس من باب فأن الكافر يجنب محرم دينه واعتبرض بأن الاجتناب عن محظورات الدين يعتبر دليلا على الاجتناب عن الكذب الذي هو من باب شهادة الزور وهم ارتكبوا الكذب بانكار الآيات مع علمهم بحقيقتها قال الله تعالى وتجدوا بها واستيقنتها أنفسهم ظلما وعلوا وأجيب بأن المراد به الاخبار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم المتواطئون على كتمان بعثه ونبوته ولا شهادة لهم عندنا ومن بعدهم فالعطف قرينة برأيه

وقال مالك والشافعي رحمه الله لا تقبل لأنه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الظالمون فيجب التوقف في خبره ولهذا لا تقبل شهادة على المسلم فصار كالمرتد ولنا ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ولأنه من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار فيكون من أهل الشهادة على جنسه والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لأنه يجنب ما يعتقده محرم دينه والكذب محظور الأدیان

أخرى وقد نص عليه بقوله وإن اختلفت مللهم احتراز به عن قول ابن أبي ليلى وأبي عبيد الله لا تقبل مع اختلاف الملة كشهادة اليهودي على النصراني وعكسه (وقال مالك والشافعي رحمه الله لا تقبل أصلا لأنه فاسق قال تعالى والكافرون هم الظالمون) ووقع في كثير من نسخ الهداية والكافرون هم الفاسقون وفي النهاية النسخة المصححة بتعجيب بخط شيخنا قال تعالى للكافرين هم الفاسقون الذي في القرآن والكافرون هم الظالمون (فيجب التوقف في خبره ولهذا لا تقبل شهادة على المسلم فصار كالمرتد) بذلك الجامع وقوله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم وقال بمن ترضون من المشركين والكافرين ليس بمرضى ولا مرضيا ولا منا ولا نالوقبلنا شهادتهم لا وجبنا القضاء على القاضي بشهادتهم ولا يلزم على المسلم شيء يقولهم قال المصنف (ولنا ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض) قال الامام المخرج غريب وغير مطابق لأممدي وهو أن شهادة بعضهم على بعض جائزة وإن اختلفت مللهم ولو قال أهل الكتاب عوض النصارى وافق وهكذا أخرجه ابن ماجه عن مجاهد بن جابر عن جابر بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض ومجاهد فيه مقال ثم قال شيخنا علماء الدين ويوجد في بعض نسخ الهداية اليهود دعوى النصارى وذكري ما رواه أبو داود وهذا الاسناد جاءت اليهود برجل وأمرأة منهم زنيا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اتنوني بأعلم رجلين منكم فاتوه بابني صور يا فتشدهما الله كيف تجدان أمرهذين في التوراة قال ابن محمد الصادق الإله الأصغر فطرده جعفر فادعى في نفسه ماله ورزعه اتباعه ان جعفر الله وأبو الخطاب أعظم منه وهم كانوا يدينون لشهادة الزور ولو اقمهم على مخالفتهم وقيل يعتقدون الشهادة لمن حلف عندهم أنه محق ويقولون المسلم لا يحلف كاذبا فتمسك شبهة الكذب في شهادتهم (قوله وصار كالمرتد) أي لا تقبل

تناسب المعاني) أقول ولعصم أن يقول القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم وقد ورد نص على عدم القبول بخلاف فليتأمل ثم لوصح ما ذكر لجواز شهادة المستأمن على الذي وشهادة مستأمن دار على مستأمن أخرى (قال المصنف قال الله تعالى والكافرون هم الفاسقون) أقول هذا معنى القرآن لأن القرآن والكافرون هم الظالمون (قوله أجاز شهادة النصراني) أقول الظاهر أن يقول أجاز شهادة النصارى (قوله ولأن الذي من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار الخ) أقول قال في النهاية المسلم إذا خطب إلى كتابي ابنته الصغيرة فزوجهما منه جاز النكاح (قوله فله أهلية الشهادة) أقول لأن الشهادة من باب الولاية (قوله فالجواب أن القياس في الذي الخ) أقول وفيه بحث فإن الشهادة من باب الولاية بقوله ولا ولاية للذي على المسلم فكيف يكون القياس في الذي كذلك ثم لو نقض شهادة المستأمنين المختلفين دارا حيث لا تقبل مع أنهم من أهل الولاية بدليل قبول شهادة المتفقين دارا لا يشي هذا الجواب إذ لا نص على خلافه فالتعويل على جواب المصنف (قوله والجواب أنه ليس بمرضى) أقول لا يجني بملك أنه ليس المراد كونه مرضيا من حيث الشهادة والأفليس واحد من الخصوم راضيا للشهادة على نفسه بل كونه مرضيا من حيث أمواله فلا ولي أن يجاب بعماني سائر الشروح مع أنه مرضي من حيث المعاملات والشهادة منها وجوابه ظاهر (قوله ومن بعدهم

تناسب المعاني) أقول ولعصم أن يقول القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم وقد ورد نص على عدم القبول بخلاف فليتأمل ثم لوصح ما ذكر لجواز شهادة المستأمن على الذي وشهادة مستأمن دار على مستأمن أخرى (قال المصنف قال الله تعالى والكافرون هم الفاسقون) أقول هذا معنى القرآن لأن القرآن والكافرون هم الظالمون (قوله أجاز شهادة النصراني) أقول الظاهر أن يقول أجاز شهادة النصارى (قوله ولأن الذي من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار الخ) أقول قال في النهاية المسلم إذا خطب إلى كتابي ابنته الصغيرة فزوجهما منه جاز النكاح (قوله فله أهلية الشهادة) أقول لأن الشهادة من باب الولاية (قوله فالجواب أن القياس في الذي الخ) أقول وفيه بحث فإن الشهادة من باب الولاية بقوله ولا ولاية للذي على المسلم فكيف يكون القياس في الذي كذلك ثم لو نقض شهادة المستأمنين المختلفين دارا حيث لا تقبل مع أنهم من أهل الولاية بدليل قبول شهادة المتفقين دارا لا يشي هذا الجواب إذ لا نص على خلافه فالتعويل على جواب المصنف (قوله والجواب أنه ليس بمرضى) أقول لا يجني بملك أنه ليس المراد كونه مرضيا من حيث الشهادة والأفليس واحد من الخصوم راضيا للشهادة على نفسه بل كونه مرضيا من حيث أمواله فلا ولي أن يجاب بعماني سائر الشروح مع أنه مرضي من حيث المعاملات والشهادة منها وجوابه ظاهر (قوله ومن بعدهم

على أن الحق ما هم عليه فالتكذيب منهم تدين ومطبقون على كون الكذب على أحد محظورا واذ هو محظور الأديان كلها وقوله (بخلاف المرتد) جواب عن قوله فصار كالمترد فإنه لا ولاية له لا على نفسه ولا على أولاد وهو ركن الدليل وقوله (وبخلاف شهادة الذي على المسلم) جواب عن قوله ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم وعما يقال لو استلزم الولاية أهلية الشهادة قبلت شهادة الذي على المسلم لوجودها كما ذكرتم ووجهه أن ولايته بالاضافة إلى المسلم معدومة وهو كما ترى منع لوجود الملزوم وقد مر لنا جواب (٤٨٩) آخر عن هذا السؤال ولأنه يقول

عليه جواب آخر ونقرر به سلمنا أن علة قبول شهادته وهو الولاية متحققه لكن المانع متحقق وهو تغيبه بقهر المسلم إياه فإنه يحمله على القول عليه بخلاف ملل الكفر فإنها وان اختلفت فلا قهر لبعضهم على بعض في دار الاسلام فلا يحملهم الغيب على القول قال (ولا تقبل شهادة الحر بي على الذي الخ) لا تقبل شهادة الحر بي على الذي قال المصنف (أراد الحر المستأمن) وانما قال ذلك لان شهادة الحر الذي لم يستأمن على الذي غير متصورة لانها تكون في مجلس القضاء ومن شرط القضاء المصير في دار الاسلام لا يقال يجوز ان يدخل حربي دار الاسلام استثمان فيحضر مجلس القضاء لانه مأخوذ بقهره فيصير عبدا ولا شهادة للعبد لاحد ولا عليه وانما لم تقبل شهادة المستأمن على الذي لانه لا ولاية له على الذي لا يكون من أهل دارنا والمستأمن من أهل دار الحرب واختلف الدارين

على أن الحق ما هم عليه أقول قوله ومن بعدهم

بخلاف المرتد لانه لا ولاية له ولا ولاية له على المسلم لانه لا ولاية له بالاضافة اليه ولانه يقول عليه لانه يغيبه قهره إياه وملل الكفر وان اختلفت فلا قهر فلا يحملهم الغيب على القول قال (ولا تقبل شهادة الحر بي على الذي) وأراد به والله أعلم المستأمن لانه لا ولاية له عليه

فما اذا شهد أحد بعتة منهم أنهم اذا أرادوا ذكره في فرجها كليل في المكحلة رجاء قال فيا عني كما أن ترجموها فلا ذهب سلطانا فذكر هنا القتل فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم باليهود فخافوا بعتة فشهدوا أنهم رأوا ذكره في فرجها كليل في المكحلة فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم برجهم فقال هكذا وجدته في نسخة علماء الدين بخط يده وهو تصيف وانما هو فدعا بالشهود وكشفتم من نحو عشر من نسخة وكذا رواه الشيخ بن راهويه وأبو يعلى الموصلي والبرزاري مسانيدهم والدارقطني كاهم قالوا فدعا بالشهود وقال في التتبع قوله في الحديث فدعا بالشهود فشهدوا زباد في الحديث فترد بها بحال ولا يتحقق ما تقدم به انتهى كلامه لكن الطحاوي أسنده الى عامر الشعبي عن جابر وفيه أنه صلى الله عليه وسلم قال اثبتوني باربعة منكم يشهدون ثم قول القائل لا يقبل ما تقدم به بحال يجزى فيه ما ذكرنا من أن الراوى المضعف اذا قامت دلالة على صحة ما رواه حكمه لا ارتفاع وهم الغلط ولا شك أن رجاء عليه السلام كان بناء على مسائل من حكم التوراة فهم ما واجب به من أن حكمها الرجاء بشهادة أربع بعد اذ هو يوافق ما أتزل اليه فلا بد من كونه بنى على شهادة أربع بعتة في نفس الامر منهم وان لم يذكر في الرواية المشهورة لأن القصة كانت فيما بين يهود في محالهم وأما كونهم فهذه دلالة على أن بحالهم يغلط في هذه الزيادة وأنت علمت في مسئلة أهل الاهواء أن مراد الآية فسق الافعال لانه الذي يتهم صاحبه بالكذب لا الاعتقاد الآن شهادتهم على المسلمين نسخت بقوله تعالى وان يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا فبقيت على بعضهم بعضا ثم استدل بالمعنى وهو أن الذي من أهل الولاية على جنسه يبدل ولا يتبعه على أولاده الصغار ومما يلكه فحازت شهادته على جنسه بخلاف المرتد المقيس عليه اذ لا ولاية له أصلا فلا شهادة له ولانه يقول على المسلم اغبطه بقهره فكان منهم ما فيه بخلاف أهل ملة على أهل ملة أخرى لانه وان عاداه ليس أحدهم تحت قهر الآخر فلا حامل على القول عليه ولا يخفى ما فيه اذ يجرد العداوة مانع من القبول كفي مسلم يعادى مسلما ثم يشهد هذا المعنى حديث مضعف بعمر بن راشد رواه الدارقطني وابن عدي من حديث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تجوز شهادة ملة على ملة الا ملة محمد صلى الله عليه وسلم فإنها تجوز على ملة غيرهم وأيضا فقوله الراوى أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض يحتمل أن يكون حكاية واقعة حال شهد فيها بعض اليهود على بعض أو بعض النصارى على بعض فلا عوم لها ولا يحتتمل أنه حكاية تشرع قول فيهم شهادة الملتين ملة على ملة فلا تحكم باحدهما عينا غير أن في هذه خلافا في الأصول ورجح الثاني وهو مسئلة قول الراوى قضى بالشفعة للبحار (قوله ولا تقبل شهادة الحر بي على الذي) وأراد به المستأمن لانه لا يتصور غيره

شهادة المرتد لجنسه ولخلاف جنسه وعليهما وكذا الكافر (قوله ملل الكفر وان اختلفت فلا قهر) جواب لما يقال كان بين المسلم والذي معاداه فكذلك بين اليهود والنصارى وكذا بينهم وبين الجوس فكان ينبغي أن يكون اختلاف الملل مانعا فقال وان اختلفت مللهم لم يصير بعضهم معهود بعضهم ائحماهم ذلك على القول بخلاف الكفر افرهم معهودون من جهة المسلمين وذا يحملهم على القول عليهم (قوله أراد به والله أعلم

(٦٢ - فضح القدر والكفاية - سادس) مبتدأ وقوله على أن الحق الخ خبره ثم بقي ههنا بحث فليست أم (قوله منع لوجود الملزوم) أقول يعني منع لوجود الولاية (قوله وقد مر لنا الخ) أقول مرأنا (قال المصنف لانه يغيبه) أقول قال الكاشي أي المسلم وفي النهاية للسان أي الشان هو أن يسخط الذي قهره إياه (قوله لانه مأخوذ قهرا) أقول جواب لقوله لا يقال يجوز الخ (قوله لانه لا ولاية له على الذي) أقول لم لا يكفي كونه من أهل الولاية مطلقا على ما ذكره في الذي والمسلم من كون القياس قبول شهادته على المسلم

حكما يقطع الولاية وقد ذكرنا في شرح رسالتنا في الغرائض وعلى هذا قوله وهو أعلى حاله أي أقرب إلى الإسلام من المستامن ولهذا يقتل المسلم بالذي دون المستامن استظهارا على الاختلاف لتسامح الدليل بقوله لأنه من أهل دارنا ويجوز أن يكون جزء العلة انقطاع الولاية فلا تقبل شهادته على الذي وتقبل شهادة الذي عليه لأنه لكونه أعلى حالا أقرب إلى الإسلام فصار شهادته كشهادة المسلم تقبل على الذي والمستامن وفيه نظر لأن اختلاف الدارين حكما علة مستعجلة في انقطاع الولاية بين الحربيين إذا كانوا من دارين مختلفين ودخل دارنا مستامين فغلب ذلك الية العلية في بعض الصور دون بعض الحكم الأول هو الظاهر فإن قلت أما يجوز أن يكون علة لقبول شهادة الذي على المستامن لاجزأ لعله انقطاع الولاية قلت بلى لكن تركيب كلامه لا يساعده فتأمل وسند كراهة الجواب عن قبول شهادة الذي على المستامن مع اختلاف الدارين حكما على وجه لا يلزم ذلك قال (وتقبل شهادة المستامين بعضهم على بعض الخ) المستامنون في دارنا لا يخلوا ما أن يكونوا من دار واحدة وألا فإن كان الأول قبلت شهادة بعضهم على بعض وإن كان الثاني (٤٩٠) كالترك والروم لم تقبل لأن اختلاف الدارين يقطع الولاية كما مر ولهذا يمنع التوارث (قوله

بجلاف الذي) جواب عما يقال اختلاف الدارين لو قطع الولاية ببلت شهادة الذي على المستامن لوجوده لكتها قبلت ووجه أن يقال الذي من أهل دارنا ومن هو كذلك فله الولاية العامة لشرفها فكان الواجب قبول شهادة الذي على المسلم كعكسه لكن تركناه بالنص كما مر ولا نص في المستامن تقبل شهادة الذي عليه ولا كذلك المستامن لأنه ليس من أهل دارنا وفيه إشارة إلى أن أهل الذمة إذا كانوا من دارين مختلفين قبلت شهادة بعضهم على بعض لأنهم من دارنا فهي تجمعهم بخلاف المستامين قال (ولن كانت الحسنات أكثر من السيئات الخ) وإذا كانت الحسنات أكثر من

لأن الذي من أهل دارنا وهو أعلى حاله وتقبل شهادة الذي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذي (وتقبل شهادة المستامين بعضهم على بعض إذا كانوا من أهل دار واحدة فإن كانوا من دارين كالروم والترك لا تقبل) لأن اختلاف الدارين يقطع الولاية ولهذا يمنع التوارث بخلاف الذي لأنه من أهل دارنا ولا كذلك المستامن (وان كانت الحسنات أغلب من السيئات والرجل ممن يجتنب الكبائر قبلت شهادته وإن لم يعصية هذا هو الصحيح في حد العدالة المعبرة فلا بد من توفى الكبائر كلها وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا

فإن الحربي لو دخل بلاد أمان فهر استرق ولشهادة للعدالة على أحد وذلك لأن الذي أعلى من المستامن لأنه قبل خلف الإسلام وهو الجزية فهو أقرب إلى الإسلام منه ولهذا يقتل المسلم بالذي عندنا بالمستامن وقوله بخلاف الذي متصل بقوله فإن كانوا من دارين يعني تقبل شهادة الذي على المستامن وإن كانوا من أهل دارين مختلفين لأن الذي بعقد الذمة صار كالسالم وشهادة المسلم تقبل على المستامن فكذلك الذي وانما لا يجري التوارث بين الذي والمستامن لأن المستامن من أهل دارنا فيما يرجع إلى المعاملات والشهادة منها ومن أهل دار الحرب في الأرض والمال (قوله وإذا كانت الحسنات أغلب من السيئات والرجل ممن يجتنب الكبائر قبلت شهادته) هذا هو معنى المروى عن أبي يوسف في حد العدالة وهو أحسن ما قيل وفيه قصور حيث لم يتعرض لأمر المروءة بل اقتصر على ما يتعلق بالعامي والمروى عن أبي يوسف هو قوله لا ياتي بكبيرة ولا يصير على صغيرة ويكون ستره أكثر من هتكه وموصوابة أكثر من خطئه ومروءته ظاهرة ويستعمل الصدق ويجتنب الكذب ديانة ومروءة هكذا نقله عنه القاضي أبو حازم حين سأله عبد الله بن سليمان وزرير المعتضد عن العدالة فقال أحسن ما نقل في هذا الباب ما روي عن أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري القاضي ثم ذكر

المستامن) وانما قيد بهذا لعدم شهادة الكافر الحربي على الذي لما أتت الشهادة انما تكون في مجلس القضاء ومن شرط القضاء المصير في دار الإسلام ولو دخل حربي في دار الإسلام بغير استئذان يؤخذ قهرا فليسرق فتكون شهادته شهادة عبد فلا تقبل شهادة عبد على أحد (قوله لأن الذي من أهل دارنا وهو أعلى منه) أي أقرب إلى أهل الإسلام لأنه قبل ما هو وخلف الإسلام هو الحربي وتولاه صار محقون الدم على التأنيد ولهذا يقتل المسلم بالذي قصاصا ولا يقبل المسلم بالمستامن (قوله بخلاف الذي لأنه من أهل دارنا ولا كذلك المستامن) متصل

قال المصنف لأن الذي من أهل دارنا) أقول قال السكاكي وانما لا يجري التوارث بين الذي والمستامن لأن المستامن من أهل دارنا فيما يرجع إلى المعاملات والشهادة منها ومن أهل دار الحرب في الأرض والمال انتهى فلم يقال مثل هذا المستامين من دارين مختلفين (قوله وتقبل شهادة الذي عليه) أقول لا يستفاد من هذا التقرير بما أراده بل مفاده أن يكون علة انقطاع الولاية لعدم قبول شهادة المستامن على الذي (قوله وفيه نظر لأن اختلاف الدارين الخ) أقول لم لا يجوز أن تكون العلة فيه اختلافهما دارا مع انتفاء كون أحدهما أعلى حاله من الآخر أعني تساويهما في الحال (قوله فإن قلت أما يجوز أن يكون علة لقبول الخ) أقول لم لا يجوز أن يكون علة أخرى لعدم قبول شهادة المستامن عليه (قوله فله الولاية العامة) أقول أنت تخبر بانه يخالف لقوله تعالى بالكم ولا يهتم من شيء وأيضا يخالف لما نص عليه المصنف أنهما من سلب ولاية الذي بالإضافة إلى المسلم فهذا شرح الكلام بما لا يرضى صاحبه فالأولى أن يقول فله الولاية على غير أهل دارنا (قال المصنف إذا لم يدين توفى الكبائر كلها) أقول وفيه بحث ولعل المراد غير ما ذكره من أمثال شرب الخمر سرا وهو قول آخر من أصحابنا في

السبب وذلك بعد أن يكون ممن لا يترك الغرض ويحتجب الخبر والاصرار (٤٩١) على الصغيرة كبيرة تعتبر غالب أحواله

في تعاطي الصغار فإن كان
أبيه بما هو مأذون في الشرع
أغلب من المام بالصغار
جازت شهادته ولا تنقدح
عدالته بالمام الصغار لئلا
يفضي الى تضييع حقوق
الناس بسبب الشهادة
المفتوح لاحكامها (وتقبل
شهادة الاقلف وهو من لم
يختن) لان الختان سنة عند
علمائنا وترك السنة لا يخل
بالعدالة الا اذا تركها
استخفا بالدين فانه لا يبق
حينئذ عدلا بل مسلم او
خليفة ربه الله لم يقدره
وقتما عينا المقدار بالشرع
ولم يرد في ذلك نص ولا اجماع
والمتأخرون بعضهم قدره
من سبع سنين الى عشر
وبعضهم اليوم السابع
من ولادته أو بعده لما روى
أن الحسن والحسين رضى
الله عنهما ختانا اليوم السابع
أو بعد السابع لكنهما شاذ

البدائع ومن أصحابنا من
قال اذا كان الرجل صالحا في
أمواله أغلب حسنه
سنيته ولا يعرف بالكذب
ولا شيء من الكبائر فغير
أنه يشرب الخمر أحيانا للصحة
البدن والتقوى لا للهوى
يكون عدلا عامة مشايخنا
على أنه لا يكون عدلا لان
شرب الخمر يكون كبيرة
محضة وان كانت للتداوى
انتهى ولعل هذا الأخير
هو الاولى ويفهم ذلك من
قوله هذا هو الصحيح في حد

فاما الامام بعصية لا تنقدح به العدالة المشروطة فلا ترد به الشهادة المشروعة لان في اعتبار اجتنابه الكل سد
بابه وهو مفتوح احياء للعقوق قال (وتقبل شهادة الاقلف) لانه لا يخل بالعدالة الا اذا تركها استخفا بالدين
لانه لم يبق بهذا الصنيع عدلا

ذلك وكان يكفي الى قوله وسرورة ظاهرة وقول المصنف (فاما الامام بعصية فلا تنقدح به العدالة) يريد
الصغيرة ولفظ الامام وألم قد اشتهر في الصغيرة ومنه قول أبي خراش وهو يسعي بين الصفا والمروة
ان تغفر اللهم تغفر جفا * وأى عبدك لا ألما

هكذا أو رده العتي عنه بسنده ونسبه الخطابي الى أمية ونسبه صاحب الذخيرة اياه الى النبي صلى الله عليه وسلم
غلط ولا بأس بذكر أفراد نص عليها من ترك الصلاة باجتماع بعد كون الامام لاطعن عليه في دين ولا حال وان
كان متأولا في تركها كان يكون معتقدا فضيلة أول الوقت والامام يؤخر الصلاة أو غير ذلك لا تسقط عدالته
بالترك وكذا يترك الجمعة من غير عذر فمنهم من أسقطها بجمرة واحدة كالخواريق ومنهم من شرط ثلاث مرات
كالسرخسي والاول أوجه وذكر الاسيحي من أكل فوق الشبع سقطت عدالته عند اكثر ولا بد من كونه
في غير ارادة التقوى على صوم الغدا وموانسة الضيف وكذا من خرج لرؤية السلطان أو الامير عند قدومه
ورد شداد شهادة شيخنا صاحب الحماض بنه في نفقة طريق مكة كانه رأى منه تضيقا ومشاهدة فشده منه البخل
وذكر الخصاص ان ركوب البحر للتجارة أو للتفرج يسقط العدالة وكذا التجارة الى أرض الكفر وقرى فارس
ونحوها لانه مخاطر بدنه ونفسه لنبل المال فلا يؤمن أن يكذب لأجل المال وفرد شهادة من لم يحج اذا كان
موسرا على قول من يراه على الفور وكذا من لم يؤذ كانه وبه أخذ الفقهاء أبو الليث وكل من شهد على اقرار
باطل وكذا على فعل باطل مثل من يأخذ سوق الخناسين مقاطعة أو شهد على وثيقتهاشه وهذا قال المشايخ ان
شهد واحد لهم اللعن لانه شهادة على باطل فكيف هؤلاء الذين يشهدون عند مبشري السلطان على ضمان
الجهات والاحازات الضارة وعلى المحبوسين عندهم والذين في ترسيمهم (قوله وتقبل شهادة الاقلف)
نص عليه الخصاص قال وتجاوز صلاته وامامته الا اذا تركه على وجه الرغبة عن السنة لا خوفا من الهلاك وكل من
براه واجبا بطل به شهادته وعندنا هو سنة لما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال الختان للرجال سنة وللنساء
مكرمة وما عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أنه قال لا تقبل شهادته ولا تقبل صلاته ولا تؤكل ذبيحته انما

بقوله وان كانوا من دارين كالروم والترك لا تقبل أى شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة وان كانوا
من منعات مختلفة لانهم صاروا من أهل دارنا حتى لا يمكنون من الرجوع الى دار الحرب فلما كان كذلك صاروا
بمنزلة المسلمين وشهادة المسلمين مقبولة على أهل الذمة كالمسلمين وان كانوا من منعات مختلفة فكذلك شهادة بعضهم
على البعض لما أن دار الاسلام لا تختلف باختلاف المنعة بخلاف المستأمنين حيث لا تقبل شهادة بعضهم على
بعض اذا كانوا من أهل الدارين كالروم والترك لان الولاية فيما بينهم تنقطع باختلاف المنعة ولهذا لا يجزى
التوارث فان قيل الذى مع المستأمنين مختلفان دارا وقد قبلت شهادته على المستأمن قلنا الذى لعقد الذمة صار
كالمسلم وتقبل شهادة المسلم على المستأمن فكذلك شهادته على المستأمن بخلاف الرومي والترك لا تستأمنهم وقد
اختلفت الدار فامتنع القبول (قوله وان الم بعصية) حكى عن الشيخ الامام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله
انه قال الناس لا يخلون عن ارتكاب الصغار ولا يخلون عن اتيان ما هو مأذون به في الشرع فيعتبر في ذلك
الغالب بر يديه في حق الصغار فان كان غالب أحواله انه يأتى بما هو مأذون به في الشرع ويحترز عما لا يخل في
الشرع من الصغار كان جائزا لشهادته بعد ان تحرز عن كل الكبائر وان كان غالب أحواله انه لا يحترز من
الصغار لا يكون جائزا لشهادته (قوله وتقبل شهادة الاقلف) وعن ابن عباس رضى الله عنه لا تقبل شهادته وانما
تقبل عندما اذا ترك بعذر الكبر أو خوف الهلاك فان تركه على وجه الاعراض عن السنة والاستخفاف بالدين

العدالة انتهى فليتامل (قال المصنف الا اذا تركه) أقول أى الختان المفهوم من الكلام

(و) تقبل شهادة (الخصي) وهو متزوج الخصية لان عمر رضى الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي ولانما قطع طلمة اصابه كمن قطع يده (و) تقبل شهادة (ولد الزنا) لان فسق الابوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما وكفرهما ما عدا ما عدا اولي (وقال مالك لا تقبل شهادة في الزنا لانه يجب أن يكون غيره كمثل) والكاف رائدة كافي قوله تعالى ليس كمثل شي فيهم قلنا الكلام في العدل وجهه ذلك بقلبه ليس بقادر لانه غير مؤاخذ به مالم يتحدث به سلمناه لكن لانسلم أن العدل يختار ذلك أو يستحب (وتقبل شهادة الخنثى لانه رجل أو امرأة وشهادة الجنسین مقبولة بالنص) قال الله تعالى (٤٩٢) واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ويشهد مع رجل

(والخصي) لان عمر رضى الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي ولانه قطع عضومنه طلمة اصابه كما اذا قطع يده (ولد الزنا) لان فسق الابوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما وهو مسلم وقال مالك لرحمة الله لا تقبل في الزنا لانه يجب أن يكون غيره كمثل فيهم قلنا العدل لا يختار ذلك ولا يستحبه والكلام في العدل قال (وشهادة الخنثى جائزة) لانه رجل أو امرأة وشهادة الجنسین مقبولة بالنص (وشهادة العمال جائزة) والمراد عمال السلطان عند عامة المشايخ لان نفس العمل ليس بفاسق الا اذا كانوا أعوانا على الظلم وقيل العامل اذا كان وجهه في الناس ذامر وعة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر عن أبي يوسف ورحمته الله في الفاسق لانه لو جاهدته لا يقدم على الكذب حفظا للمروءة واهابة له لا يستاجر على الشهادة الكاذبة

أراد به المجوسى ألا ترى الى قوله ولا تؤكل ذبيحته (قوله والخصي اذا كان عدلا) لانه لا مانع لان حاصل أمره مظلوم نعم لو كان ارتضاء لنفسه وفعله مختارا منع وقد قبل عمر شهادة علقمة الخصي على قدمته بن مظعون رواه ابن أبي شيبة بسنده ورأه أبو نعيم في الخلية حدثنا اسمعيل بن مسلم عن أبي المتوكل ان الجار ود شهد على قدمته أنه شرب الخمر فقال عمر رضى الله عنه هل معك شاهد آخر قال لا قال عمر يا جار ود ما أزال إلا مجاودا قال يشرب خمرتك الخمر وأجلد أنا فقال علقمة الخصي لعمر أتجوز شهادة الخصي قال وما بال الخصي لا تقبل شهادته قال فاني أشهد أني رأيته يتقيها فقال عمر ما فاه حاق شربها فاقامه ثم جلده وأخرجه عبيد الزنا مطولا (قوله وولد الزنا) أي تقبل شهادته في الزنا وغيره اذا تزور زورته وزر أخرى وعن مالك رحمه الله لا تقبل في الزنا وهو ظاهر من الكتاب (وشهادة الخنثى المشكل جائزة) اذا شهد مع رجل وامرأة فلو شهد مع رجل واحد أو امرأة واحدة لا تقبل الا اذا زال الاشكال بظهور ما يحكم به بانه رجل أو امرأة فيعمل بمقتضاه (قوله وشهادة العمال جائزة) والمراد عمال السلطان لان العمل بنفسه ليس بفاسق لانه معين للخليفة على اقامة الحق وجباية المال الواجب ولو كان فسقا لم يله أبو بكر وعمر وعثمان رضى الله عنهم لان هؤلاء خلفاء وعمال في العرف أحسن مما قيل ولو كان فسقا لم يله أبو بكر وعمر وعثمان رضى الله عنهم لان هؤلاء خلفاء وعمال في العرف من توليهم الخليفة عملا يكون نائبه فيه وكان الغالب فيهم العدالة في ذلك الزمان فقبل مالم يظهر وينقش عنه الظلم كالخجاج وقيل أراد ما روى عن أبي يوسف في الفاسق الوجه وعمال ما فيه ورده شهادة الوزر لقوله للخليفة أنا عبدك بعد هذه الرواية وقيل أراد بالعمال الذين يعملون ويؤجرون أنفسهم للعمل لان من الناس من رد شهادة أهل الصناعات الحسيسة فافرد هذه المسئلة لاظهار مخالفتهم وكيف لا وكسبهم أطيب كسب وذكر الصدور الشهيد أن شهادة الرئيس لا تقبل وكذا الجاني والصرف الذي يجمع عنده الدراهم

فلا تقبل شهادته لانه لم يبق عدلا (قوله وشهادة الخنثى جائزة) وفي الخزانة والخنثى المشكل لا يشهد مع رجل ولا مع امرأة ولو شهد مع رجل وامرأة تقبل (قوله عمال السلطان عند عامة المشايخ) وهم الذين يعينون السلطان في أخذ الحقوق الواجبة كالخراج وكذا السوائم ونحوهما وقيل الذين يعملون بأيديهم ويؤجرون أنفسهم لان من الناس من قال لا تقبل شهادة هؤلاء وانما ورده هذه المسئلة رد القول ذلك القائل

ولها به لا يستاجر على الشهادة الكاذبة وقيل أراد بالعمال الذين يعملون بأيديهم أو يؤجرون أنفسهم لان من قال الناس من قال لا تقبل شهادتهم فيكون أراد هذه المسئلة رد القول لهم لان كسبهم أطيب الا كسب قال صلى الله عليه وسلم أفضل الناس عند الله (قوله سلمناه لكن لانسلم أن العدل الخ) أقول فيه بحث اذا وجه لهذا الكلام بعد تسليم ما سلمه والجواب أن المسلم هو عدم كون القدر مغيا بالتحدث بمعنى سلمناه من أخذ قبل التحدث فيحدث بالعدالة الآن المؤاخذة في ارادة ذلك واختياره لافي مجرد الحب الطبيعي ولا نسلم أن العدل يريد ذلك

وامرأة للاحتياط وينبغي أن لا تقبل شهادة في الحدود والقصاص كالنساء لاحتمال أن يكون امرأة (قال وشهادة العمال جائزة) قال نضر الاسلام وعامة المشايخ رحمهم الله معنى قوله في الجامع الصغير انه كان يعني أبا حنيفة فيجوز شهادة العمال عمال السلطان الذين يعينونه في أخذ الحقوق الواجبة كالخراج وكذا السوائم لان نفس العمل ليس بفاسق لان أجلاء الصحابة رضى الله عنهم كانوا عمالا ولا يظن بهم فعل ما يقدح في العدالة الا اذا كانوا أعوان السلطان معينين على الظلم فانه لا تقبل شهادتهم (قوله وقيل العمل اذا كان وجهه في الناس ذامر وعة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته) لعله يريد به اذا كان عدلا على الظلم فانه اذا لم يكن كذلك لم يشترط فيه ذلك ويدل على ذلك تشبيهه بما مر عن أبي يوسف في الفاسق (لانه لو جاهدته لا يقدم على الكذب حفظا للمروءة

من يأكل من كسب يده فاني بوجوب جرحا قال (واذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى الى فلان الخ) اذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى الى فلان أو شهدا الموصى لهما بذلك أو شهدا غير عيان لهما على الميت دين أو شهدا غير عيان للميت عليهما دين أو شهدا وصيان أنه أوصى الى ثالث معهما فذلك خمس مسائل فلا يخلو ما أن يكون الموت معسروا أو الموصى راضيا أو لم يكن فان كان الثاني لم يحز في القياس والاستحسان الا في الرابعة فان ظهور الموت ليس بشرط كما سذكروه وان كان الاول جازا استحسانا وفي القياس لا يجوز لان شهادة متهم لعود المنفعة اليه بنصب من يقوم باحياء حقوقه أو فراغ ذمته ولا شهادة لمتهم وجه الاستحسان أنها ليست بشهادة حقيقة لانها ما توجب (٤٩٣) على القاضي ما لا يمكن منه بدونها وهذه ليست كذلك لئلا يكتفه

من نصب الوصى اذا رضى الوصى والموت معروف حفظا لاموال الناس عن الضياع لكن عليه أن يتامل في صلاحية من ينصبه وأهليته وهؤلاء بشهادتهم كفوهم مؤنة التعيين ولم يشترطوا شيئا فصار كالقرعة في كونها ليست بحجة بل هي دافعة مؤنة تعيين القاضي فان قيل

ليس للقاضي نصب وصي ثالث فكانت الشهادة موجبة عليه ما لم يكن له أجاب بان الوصيين اذا اعترفا بشهادتهما كان له نصب ثالث وشهادتهما ههنا ثالث معهما اعترافا بجزءهما عن التصرف لعدم استقلالهما به فكان كما تقدم بخلاف ما اذا أنكر اول يعرف الموت لانه ليس له نصب ولاية الوصى اذا ذلك فكانت هي الموجبة الا في الغرضين له عليهما دين فانها تقبل وان لم يعرف الموت لانها يقران على أنفسهما بالمال فيثبت الموت في حقهما باعترافهما وان شهدا أن أباهما الغائب وكل فلا يقبض دينونه

قال (واذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى الى فلان والوصى يدعى ذلك فهو جائز استحسانا وان أنكر الوصى لم يحز) وفي القياس لا يجوز وان ادعى وعلى هذا اذا شهد الموصى لهما بذلك أو غير عيان لهما على الميت دين أو للميت عليهما دين أو شهد الوصيان أنه أوصى الى هذا الرجل معهما وجه القياس انها شهادة للشاهد لعود المنفعة اليه وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصى اذا كان طالبا للموت معروف فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين لأن يثبت بها شيء فصار كالقرعة والوصيان اذا قرأ أن معهما ثالثا ذلك القاضي نصب ثالث معهما المعجزهما عن التصرف باعترافهما بخلاف ما اذا أنكر اول يعرف الموت لانه ليس له ولاية نصب الوصى فتكون الشهادة هي الموجبة وفي الغرضين للميت عليهما دين تقبل الشهادة وان لم يكن الموت معسروا لانها يقران على أنفسهما فيثبت الموت باعترافهما في حقهما (وان شهدا أن أباهما الغائب وكله يقبض دينونه بالكوفة فادعى الوكيل أو أنكره لا تقبل شهادتهما) لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت انما يثبت بشهادتهما وهي غير موجبة لمكان التهمة

ويأخذها لو عالا تقبل وقدمنا عن البرزوي أن القائم بتوزيع هذه النوايب السلطانية والجبايات بالعدل بين المسلمين مأجور وان كان أصله ظالما فعلى هذا تقبل شهادته والمراد بالرئيس رئيس القرية وهو المسمى في بلادنا شيخ البلد ومثله المعروفون في المراكب والعرفاء في جميع الاصناف وضمن الجهات في بلادنا لانهم كلهم أعوان على الظلم (قوله واذا شهد الرجلان) صورته رجل ادعى أنه وصي فلان الميت فشهد بذلك ثلثان موصى لهما بمال أو ورثان لذلك الميت أو غير عيان لهما على الميت دين أو للميت عليهما دين أو وصيان فالشهادة جائزة استحسانا والقياس أن لا تجوز لان شهادة هؤلاء تتضمن جاب نفع للشاهد أما الوارثان القصد هما من نصب من يتصرف لهما ويرى لهما ويقوم باحياء حقوقهما والغرضان الدائنان والموصى لهما لوجود من يستوفيان منه والمدونان لوجود من يبرأ بالرفع اليه والوصيان لوجود من يعينهما في التصرف في المال والمطالبة وكل شهادة تجزى نفعها لا تقبل وجه الاستحسان أن الموجب بهذه الشهادة على القاضي شيئا لم يكن واجبا عليه بل انما اعترفاها على وزان القرعة لا يثبت بها شيء ويجوز استعمالها لاعتادة

لان كسبهم أطيب الكسب على ورد في الحديث أفضل الناس عند الله من يأكل من كسب يده فلا يوجب ذلك جرحا (قوله وجه القياس انها شهادة للشاهد لعود المنفعة اليه) وهذا لان الوارثين قصدوا بهذه الشهادة نصب من يقوم مقامهما في احياء حقوقهما واغراض قصدا نصب من يستوفيان منه حقهما أو يبرأ بالرفع اليه والوصيان قصدوا نصب من يعينهما على التصرف في مال الميت والموصى لهما قصدوا نصب من يدفع اليه حقوقهما (قوله مؤنة التعيين) لان القاضي يلزمه أن يتامل في هذا الوصى ان يصلح للوصية لامانته وديانته وهذا يتم لا يصلح وهما بهذه الشهادة زكاه وأخبرا القاضي بأنه أهل لذلك فيكفي مؤنة التعيين فصار كالقرعة فانها ليست بحجة ويجوز استعمالها في تعيين الانصاب بدفع التهمة عن القاضي (قوله والوصيان اذا قرأ أن معهما ثالثا) جواب لما يقال اذا كان للميت وصيان فلقاضي لا يحتاج الى نصب وصي آخر على

بالكوفة لم تقبل شهادتهما أنكر الوكيل ذلك أو ادعاه لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت كانت موجبة والتهمة ترد ذلك

(قال المصنف واذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى الى فلان الخ) أقول يقال أوصى اليه أي جعله وصيا أو وصى له أي جعله موصى له (قال المصنف والوصى يدعى ذلك فهو جائز استحسانا) أقول قوله والوصى يدعى أي والوصى رضي هكذا نسخ له بالشرأيت في شرح الجامع الصغير لمولانا علاء الدين الاسود مانعه والمراد من الدعوى في قوله والوصى يدعى هو الرضا اذا جاز لا يتوقف على الدعوى بل للقاضي ان ينصب وصيا اذا رضى هو به انتهى (قوله لانه ليس له نصب ولاية الوصى) أقول الظاهر أن يقال ليس له ولاية نصب الوصى

غير الاثبات كما جاز استعمالها لتطبيب القلب في السفر بأحدى نسائه وإدفع التهمة عن القاضي في تعيين
 الانصبا فكذلك هذه الشهادة في هذه الصور لم تثبت شيئا وانما اعتبرناها الفائدة اسقاط تعيين الوصي عن
 القاضي فان للقاضي اذا ثبت الموت ولا وصي أن ينصب الوصي وكذا اذا كان للميت وصي وأدعى المجز
 وهذه الصور من ذلك فان الشهادة لم تثبت شيئا وثبت الموت فللقاضي أو عليه أن ينصب وصيا فلما شهد هؤلاء
 بوصاية هذا الرجل فقد رضوه واعترفوا له بالاهلية الصالحة لذلك فكفي القاضي بذلك مؤنة التفتيش على
 الصالح وعين هذا الرجل بتلك الولاية لا بولاية أو جبتها الشهادة المذكورة وكذلك وصيا للميت لما شهدا
 بالثالث فقد اعترفوا بجري منهما عن التصرف الآن يكون هو ومعهما أو بجري علمه الميت منهما حتى أدخله
 معهما فنصب القاضي الآخر وفي الصور كلها ثبوت الموت شرط لان القاضي لا يملك نصب وصي قبل الموت
 الا في شهادة الغريمين المدعيين فانه لا يشترط في اثبات الوصي الذي شهد له ثبوت الموت لانهم ما قرآن على
 أنفسهم بما بثبوت حق قبض الدين لهذا الرجل فضررهما في ذلك أكبر من نفعهما فتقبل شهادتهما بالوصية
 والموت جميعا وهذا بخلاف ما لو شهدا أن أباهما الغائب وكل هذا الرجل بقبض دينه وهو يدعى الوكالة
 لا تقبل لانه ليس للقاضي ولاية نصب الوكيل عن الغائب فلو أثبت القاضي وكالته لكان مثبتا لها بهذه
 الشهادة وهي لا تقبل انمكن التهمة فيها على ما عرف واذا تحققت ما ذكرنا ظهر أن عدم قبول هذه الشهادة
 ثابت قياسا واستحسانا اذ ظهر أنه لم يثبت بها شيء وانما ثبت عندهما نصب القاضي وصيا اختاروه وليس هنا
 موضع غير هذا يصرف اليه القياس والاستحسان ولو اعتبر في نفس ايضاء القاضي اليه فالقياس لا ياباه فلا
 وجه لجعل المشايخ فيها قياسا واستحسانا والمنقول عن أصحاب المذهب في الجامع الصغير ليس الا محمد بن
 يعقوب بن أبي حنيفة رجعهم الله في شاهدين شهدا الرجل أن أباهما أوصى اليه قال جازان ادعى ذلك وان
 أنكر لم يجز وان شهدا أن أباهما وكله بقبض دينه بالسكوفة كان باطلا في ذلك كله لان القاضي لا يقدر على
 نصب وكيل عن الغائب فلو نصبه كان عن هذه الشهادة وهي ليست بموجبة * (فروع) * اذا شهد المودعان
 يكون الودعة ملكا للمودعها تقبل ولو شهدا على اقرار مدعيها انهم املك المودع لا تقبل الا اذا كانا ردا الودعة
 على المودع ولو شهدا المرتهنان بالرهن لمدعيه قبلت ولو شهدا بذلك بعد هلاك الرهن لا تقبل ويضمنان قيمته
 للمدعي لا اقرارهما بالعصب ولو شهدا على اقرار المدعي يكون الرهن ملكا للراهن لا تقبل وان كان الرهن هالكا
 الا اذا شهدا بعد رد الرهن واذا أنكر المرتهنان فشهدا بالرهن لا تقبل وضمنان قيمته للمدعي لما ذكرنا
 ولو شهدا الغاصبان بالملك للمدعي لا تقبل الا اذا كان بعد رد الغصب ولو شهدا في يدهما ثم شهد للمدعي
 لا تقبل ولو شهدا المستقرضان بان الملك في المستقرض للمدعي لا تقبل لا قبل الدفع ولا بعده ولو رد عينه وعن
 أبي يوسف تقبل بعد رد العين لعدم الملك قبل استهلاكه عنده حتى كان أسوة الغرماء اذا شهدا المشترين شراء
 فاسدا بان المشتري ملك للمدعي بعد القبض لا تقبل وكذا لو نقض القاضي العقد أو تراضوا على نقضه هذا اذا
 كان في يدهما فلوراءه على البائع ثم شهدا قبلت ولو شهدا المشتري بما اشترى من انسان ولو بعد التمايل أو الراد
 بالعيب بلا فضاء لا تقبل كالبائع اذا شهدا يكون المبيع ملكا للمدعي بعد المبيع ولو كان الراد بطريق هو فسخ
 قبلت وشهادة الغريمين بان الدين الذي علمه حال هذا المدعي لا تقبل وان قضيا الدين وشهادة المستاجر يكون
 الدار للمدعي ان قال المدعي ان الاجارة كانت بامرئ لا تقبل ولو قال كانت بغير امرئ تقبل وشهادة ساكن
 الدار بغير اجارة للمدعي أو عليه تقبل خلافا ل محمد فمما عليه بناء على تجوز غصب العقار وعدمه ولو شهد
 عبدان بعد العتق عند اختلاف المتعاقدين أن الثمن كذا لا تقبل وفي العيون أعتقهما بعد الشراء ثم شهدا
 على البائع أنه استوفى الثمن من المشتري عند تجزؤه تجوز اجاعا ولو وكله بالخصومة في ألف قبل فلان نخاصم
 عند غير القاضي ثم عزله الموكل قبل الخصومة عند القاضي فشهد به هذه الالف لوكله جازت خلافا لأبي يوسف
 فانه يجعله بمجرد الوكالة قام مقام الموكل ولو كان خاصم عند القاضي والباقي بحاله لم تجز ولو خاصم في الالف
 الميت فلا يكون له ذلك من غير شهادة فتمكن التهمة في الشهادة فاجاب أن الوصيين اذا قرأا ان معهما مالسا

قال (ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك) لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لان له الدفع بالتوبة فلا يتحقق الالتزام ولانه هناك السر والستر واجب والاشاعة حرام وانما يرخص ضرورة

عند القاضي والوكالة بكل حق قبل فلان فعزله فشهد لموكله بمائة دينار ان كان التوكيل عند القاضي قبلت وان كان خارجا عنه فاحتاج الى اثبات الوكالة عند القاضي بالاشهاد لا تقبل لان الوكالة لما اتصل بها القضاء صار الوكيل خصم في جميع ما على هذا الرجل فشهادته شهادة الخصم بخلاف الاول لان القاضي علم بالوكالة وعلمه ليس قضاء فلا يصير خصما فتقبل في غير ما صار فيه خصما هذا كله في الوكالة الخاصة وهي التوكيل بالخصوص والطلب على رجل معين وحكمها ان لا يتناول الحادث بعد التوكيل اما العامة وهي ان يوكله بطلب كل حق له قبل جميع الناس أو أهل مصر فيتناول الحادث بعد التوكيل وفيها لا تقبل شهادته لموكله بشئ على أحد بعد العزل الا على ما وجب بعد العزل شهدا بنا الموكل أن أباه موكل هذا بقضاء دينه لا تقبل اذا جحد الما طلب الوكالة وكذا في الوكالة بالخصوص وشهادة ابني الوكيل على الوكالة لا تقبل وكذا شهادة أولويه وأجداده وأحفاده وشهادة الوصي للميت بعد ما أخرجته القاضي عن الوصاية لا تقبل ولو بعد ما أدركت الورثة سواء خاص فيه أو لا ولو شهدا بكبير على أجنبي تقبل في ظاهر الرواية ولو لكبير وصغير معا في غير الميراث لا تقبل ولو شهد الوصيان على اقرار الميت بشئ معين دار أو غير هالوارث بالغ تقبل والله أعلم (قوله ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم به) قبل قوله ولا يحكم به تكرار أجيب بجواب أن لا يسمع البينة ويحكم بعلمه فلم يلزم من عدم السماع عدم الحكم على نفى الامر من والمراد الجرح المجرد عن حق الشرع أو العبد فان كان متضمنا أحد ههما سمعت الشهادة وحكم بها وذلك بان يشهدوا أن الشهود فسقة أو زناة أو أكابر أو شريرة الجرا أو على اقرارهم أنهم شهدوا بالزور أو أنهم رجعو عن الشهادة أو على اقرارهم أنهم أجزأ في هذه الشهادة أو اقرارهم أن المدعي مبطل في هذه الدعوى أو اقرارهم أن لا شهادة لهم على المدعي عليه في هذه الحادثة في هذه الوجوه لا تقبل لثلاثة أو جه أصحها الوجهان اللذان ذكرهما المصنف أحدهما أن الشهادة إنما تقبل للحكم فلا بد من كون المشهود به مما يدخل تحت الحكم والفسق لا يدخل تحت الحكم لان الحكم الزام وليس في وسع القاضي الزام الفسق لاحد لانه من رفعه في الحال بالتوبة الثاني ان مجرد هذه الشهادة بفسق الشاهد فلا تقبل شهادته وهذا لان فيه اشاعة الفاحشة وهو متوعد عليه قال تعالى ان الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب أليم فان قيل ليس المقصود اشاعة الفاحشة بل دفع الضرر عن المشهود عليه أجيب بان دفعه ليس ينحصر في افادة القاضي على وجه الاشاعة بان يشهد في مجلس القضاء المشتكى على ملا من الناس اذ يدفع بان يخبر القاضي سرافيتقر على هذه الصور التي ذكرناها ومنها ما لو قام رجل يعني المدعي عليه البينة أن المدعي استأجر الشهود لهذه الاداء لانه على جرح مجرد فان قيل الاستحجار أمر رائد على مجرد الجرح أجاب المصنف عنه بقوله والاستحجار وان كان أمرا رائدا فلا خصم في اثباته لان المدعي عليه ليس نايبا عن المدعي في اثبات حقه هذا بل أجنبي عنه وأرد أنه ينبغي أن تقبل هذه الشهادة بجميع ما ذكرنا من وجوه الفسق من وجه آخر وهو أن يجعلا امر كين لشهود المدعي فيخبرون بالواقع من الجرح فيعارض تعد بلهم واذا تعارض الجرح والتعديل قدم الجرح أجيب بان المعدل في زماننا

ذلك القاضي نصب ثالثا معهما المجزها عن التعريف باعترافهما بخلاف ما اذا كان الوصي جاحدا لان القاضي ليس له اجبار أحد على قبول الوصاية وبخلاف ما اذا لم يكن الموت طاهرا لانه حينئذ لم يكن له ولاية نصب الوصي الا بهذه البينة فتصير الشهادة موجهة فبطل معنى التهمة وفي الغريمين للميت عليهم ما دين تقبل الشهادة وان لم يكن الموت معروفا قبل معنى القبول أمر القاضي اياهما اداء ما عليهما اليه لبراءتهم ما عن الدين بهذا الادعاء ان استيقا الدين منهم ما حق عليهم ما فيقبل فيسه والبراءة حق لهما فلا تقبل فيها (قوله ولا يسمع القاضي البينة على الجرح) أي على الجرح المجرد وهو ما يتضمن لفسق الشهود من غير أن يتضمن

قال (ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح الخ) الجرح اما أن يكون مجردا أو غيره لانه لا يخلو اما أن يكون مما يدخل تحت حكم الحاكم أولا والثاني هو المفرد المجرد عما يدخل تحت الحكم والاول هو الثاني ولك أن تسميه مركبا فاذا شهد شهود المدعي على الغريم بشئ وأقام الغريم بينة على الجرح المفرد مثل ان قالوا هم فسقة أو زناة أو أكابر أو الفاضل لا يسمعها واستدل المصنف وجهين أحدهما قوله لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لتتمكن المقضى عليه من رفعه بالتوبة ورفع الالتزام وسماعها انما هو للحكم والالزام والثاني قبل وعليه الاعتماد أن في الجرح المفرد هناك السر وهو اظهار الفاحشة وهو حرام بالنص فكان الشاهد فاسقا لم ينك واجب الستر وتعاطى اظهار الحرام فلا يسمعها الحاكم فان قيل ما بالهم لم يجعلا معدلين في العلانية فيسمع منهم الجرح المفرد (قوله هم فسقة أو زناة) أقول أي زناة في زمن متقدم

أجيب بان من شرط ذلك في زماننا أن يقول لأعلم من حاله أو يعلم القاضي بذلك سرا إذا سأل القاضي تفاديا عن التعادي واحتراراً عن اظهار الفاحشة وليس فيما نحن فيه ذلك وإنما قال ولا يحكم بذلك وان كان عدم السماع يفيد لجواز أن يحكم بذلك بعلمه فقال ولا يحكم بعلمه أيضاً (قوله الا انه) استثناء من قوله لان الفسق وهو منقطع أي لكن اذا شهد وهو المدعى عليه على المدعى أنه (أقران شهودي فسقة) فأنما اتقبل (لان الاقرار بما يدخل تحت الحكم) ولم يظور والفاحشة وإنما حكوا عن غيرهم وهو المدعى والحاكم لاظهارها ليس كمنظروها وكذا اذا شهدوا بان المدعى استأجر الشهود لم يعمه لانه جرح مجرد وضمن الاستئجار اليه ليس بخروج له عن ذلك لانه من حقوق العباد فيحتاج الى خصم يحكم له الحاكم ولا خصم فيه لكونه أجنبياً عنه (حتى لو أقام البينة أن المدعى استأجرهم بعشرة ذراهم ليؤدوا الشهادة وأعطاهم العشرة من ماله الذي كان في يده قبلت لانه خصم (في ذلك) فكان جرحاً حراماً فدخل تحت الحكم وثبت الجرح بناء عليه (وكذا اذا

أقامها على أي صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على أن لا يشهدوا على هذا الزور وقد شهدوا وطالبهم بردها (المال) لما قلنا بخلاف ما إذا قال ذلك ولم يقل دفعته اليهم فانه جرح مجرد غير مسموع (قوله ولهذا قيل) أي ولما قلنا أنه لو أقام البينة على جرح فيه حق من حقوق العباد أو من حقوق الشرع وليس له كرفي المتن وقيل لما قلنا من الدليلين في الجرح المجرى قلنا كذا وهو بعيد وكان المناسب

احياء الحقوق وذلك فيما يدخل تحت الحكم (الا اذا شهدوا على اقرار المدعى بذلك تقبل) لان الاقرار بما يدخل تحت الحكم قال (ولو أقام المدعى عليه البينة أن المدعى استأجر الشهود لم تقبل) لانه شهادة على جرح مجرد والاستئجار وان كان أمراً رائداً عليه فلا خصم في إثباته لان المدعى عليه في ذلك أجنبي عنه حتى لو أقام المدعى عليه البينة أن المدعى استأجر الشهود بعشرة ذراهم ليؤدوا الشهادة وأعطاهم العشرة من ماله الذي كان في يده تقبل لانه خصم في ذلك ثم ثبت الجرح بناء عليه وكذا اذا أقامها على أي صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على أن لا يشهدوا على هذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم بردها قلنا انه لو أقام البينة

يخبر القاضي سر تفاديا من اشاعة الفاحشة والتعادي وأما لرجوع عن الشهادة فانه لا يسمع الا عند القاضي وقول الشاهد لا شهادة عندى لشك أو ظن عراه بعد ما مضت فلا تقبل الشهادة فامالو كان الجرح غير مجرد بل يتضمن اثبات حق للعبد أو لله سبحانه بان يشهدوا أن المدعى استأجرهم بعشرة وأعطاهم موهام من ماله الذي كان في يده أو أنى صالحتهم على كذا ودفعته اليهم على أن لا يشهدوا على هذا وقد شهدوا وأنا طالبهم بهذا المال الذي وصل اليهم تقبل بخلاف ما لو قال صالحتهم على كذا الى آخره لكن لم أرفع اليهم المال لا تقبل لانه جرح مجرد وكذا اذا شهدوا أن الشاهد عبد أو محدود في قذف أو شرب الخمر أو سرق مئى أو زنى أو شربك المدعى فيما ادعى به من المال أو شهدوا على اقرارهم بانهم لم يحضروا ذلك المجلس الذي كان فيه هذا الامر قبلت

ايحاب حق من حقوق الشرع أو حق من حقوق العباد تنعوا أن يشهدوا أن شهود المدعى فسقة أو زناة أو أكلوا بالشرعية خراً وعلى اقرارهم انهم شهدوا بالزور وعلى اقرارهم اجراء في أداء هذه الشهادة أو على اقرارهم ان المدعى مبط في هذه الدعوى أو على اقرارهم انه لا شهادة لهم على المدعى عليه في هذه الحادثة وإنما لا تقبل لان البينة إنما تقبل على ما يدخل تحت الحكم وفي وسع القاضي الزامه والفسق بما لا يدخل تحت الحكم وليس في وسع القاضي الزامه لانه يدفعه بالتوبة ولان الشاهد بهذه الشهادة صار فاسقاً لان فيها اشاعة الفاحشة بلا ضرورة وهي حرام بالنص والمشهود به لا يثبت بشهادة الفاسق ولا يقال ان فيه ضرراً وهو كلف الظالم عن الظلم بالشهادة الكاذبة وقد قال عليه السلام أنصراً حاك ظالمياً ومظلوماً لانه لا ضرورة الى أداء هذه الشهادة على ملائمة الناس ويمكنه كفه عن الظلم بأخبار القاضي بذلك سرا الا اذا شهدوا على اقرار المدعى انهم فسقة أو شهدوا بزوراً ونحوه لانهم ما شهدوا باظهار الفاحشة وإنما حكوا اظهار الفاحشة عن غيرهم فلا يصحرون فاسقين فثبت المشهود به وكذا الاقرار بما يدخل تحت الحكم ويقدر القاضي على الإلزام لانه لا يرتفع بالتوبة (قوله ولهذا قلنا انه لو أقام البينة أن الشاهد عبد أو محدود في قذف

(قوله أجيب بان من شرط ذلك في زماننا الخ) أقول فيه أن التقييد بقوله في زماننا يدل على جواز تفسيق الشاهد علانية في الزمان الاول وهو المفهوم أيضاً من الكتب مع أن الدليل المعتمد ينفيه كالاختصاص في فليتأمل في جوابه (قوله الا انه استثناء الخ) أقول في نسخ الهداية الا اذا الخ فقول الشارح قوله

الا انه الخ ليس كما ينبغي ل الصواب أن يقال الا اذا ان قوله استثناء من قوله لان الفسق غير مسلم بل هو استثناء من قوله ولا ان يسمع القاضي البينة (قال المصنف وكذا لو أقامها على أي صالحت) أقول لعل المراد بصالحات أعطيت الرشوة قد دفع ظلمه والا فلا صلح بالمعنى الشرعي بينهما (قوله ولهذا قيل) أقول القائل هو الحاكم (قوله وليس له كرفي المتن) أقول والامر فيه بين أيضاً فان المعلوماتية بالالزام تكفي في ذلك لان تخصيص عدم سماع بينة الجرح المجرى بالذكريد عليه دلالة واضحة فان التخصيص بالذكريد الى رايان يدل على نفي الحكم عما عدا المذكور (قوله وقيل لما قلنا الخ) أقول والاظهر أن يقال لما سمر من أن عدم سماع بينة الجرح المجرى بمعنى على هذين الدليلين قلنا كيت وكيت لعدم جريانها لان الاصل هو القبول ولا مانع وإنما قلنا ان لا يظهر ذلك لما لا يخفى بما في تقرير الشارح حيث يدل على ان ما ذكره مبنى على ذلك الدليلين وليس الامر كذلك

أن يقول ولذلك وهذا السهل والمعنى إذا أقام المدعى عليه البينة (أن الشاهد عبد أو محدود في قذف أو شارب خمر أو سارق أو قاذف أو شريك المدعى قبلت) لأنه إثبات حق يدخل تحت الحكم من غير إشاعة فاحشة أما قوله أنه عبد فلا يثبت الرق وهو وضعف حكمي أثره في سلب الولاية وهو حق الله تعالى وموضع أصول الفقه وأما قوله أنه محدود في قذف فلا يعلق به حكم وهو أكمل الحدود منه وهو حق الله وكذلك حدد الشرب وحد القذف وحد السرقة فإن قيل في هذه الشهادة اظهار الفاحشة كما فيما تقدم فكيف سمعت فالجواب أن اظهار الفاحشة إذا دعت اليه ضرورة جاز لقوله صلى الله عليه وسلم اذكروا الفاجر بما فيه وقد تحققت إقامة الحد لا يقال وقد تحققت في الجرح المجرى أيضا للدفع الخصومة بشهود غير مرضية عن المدعى عليه لأنهم اتندفع بان يقول لا قاضي سرا ولا يظهره في مجلس الحكم وعلى هذا في إقامة البينة على ذلك اعتباران أحدهما أن يكون بجرح الشهادة وهو غير مقبول والثاني لإقامة الحد وهو مقبول (٤٩٧) ومن علاماته عدم التقادم وأما

اثبات الشركة فهو من قبيل الدفع بالنهية كما إذا أقام البينة أن الشاهد ابن المدعى

أدبره قال (ومن شهد ولم يبرح الخ) ومن شهد ثم قال أو همت بعض شهادتي قال نعم الاسلام أي أخطأت بنسب ما يحق على ذكره أو زيادة كانت باطلة بمعنى تركت ما يجب على أد أتيت بما لا يجوز لي فاما أن يقول ذلك وهو في مجلس القاضي أو بعد ما قام عنده عاد اليه وعلى كل من التقديرين اما أن يكون عدلا أو غيره والمتدارك اما أن يكون موضع شبهة التلبس والتعريض من أحد الخصمين أو لا فان كان غير عدل ردت شهادته مطلقا أي سواء قاله في المجلس أو بعده في موضع شبهة أو غيره وان كان عدلا قبلت شهادته في غير موضع شبهة مثل أن يدع لفظة الشهادة وما يجري مجراه مثل أن يترك ذكر اسم المدعى

أن الشاهد عبد أو محدود في قذف أو شارب خمر أو قاذف أو شريك المدعى تقبل قال (ومن شهد ولم يبرح حتى قال أو همت بعض شهادتي فان كان عدلا

أو على اقرار المدعى أنه استأجرهم تقبل في ذلك كله لأن منه ما تضمن حقا للعبد ومواضعه ظاهرة وفي ضمنه يثبت الجرح ومنه الشهادة برقةهم فان الرق حق للعبد ومنه ما تضمن حقا للشرع من حد كالشهادة بسرقةهم وشربهم وزناهم أو غير حد كالشهادة بانهم محدودون فانها قامت على اثبات قضاء القاضي وقضاء القاضي حق الشرع ومنه ما هو مبطل لشهادتهم ولم يتضمن إشاعة فاحشة فتقبل ومنه شهادتهم بانهم شركاء المشهود له إذا ليس فيه اظهار الفاحشة فتقبل فتصير الشركة كالمعينة والمراد أنه شريك مغاوض فهو حاصل من هذا المال الباطل كونه له فيه منفعة لأن يريد أنه شريك في المدعى به والا كان اقرارا بان المدعى به له ما وكلما اكل ما يشهدون به على اقرار المدعى بما نسبته الى شهودهم من فسقهم ونحوه ليس فيه إشاعة منهم بل اخبار عن اخبار المدعى عنهم بذلك فتصح كالسمع منه ذلك وذلك منه اعتراف ببطلان حقه والانسان مؤاخذ بذنبه في حق نفسه وكذا الاشاعة في شهادتهم أنهم محدودون انما هي منسوبة الى قضاء القاضي أو شهادة القذف هذا وقد نص الخصاص في الجرح المجرى لأنه تقبل الشهادة به فتقبل في وجهه انه يسقط العدالة فتقبل كالرق وأنت سمعت الفرق وأول جماعة قول الخصاص بحمله على شهادتهم على اقرار المدعى ذلك أو انه يجعل كشاهدز كاهنفر وجرحه ونحوه وقد تقدم في هذا ما عنيتم قد وقع في عدسور عدم القبول أن يشهدوا بانهم فسقة أو زناة أو شربة خمر وفي صور القبول أن يشهدوا بانه شرب أو زنى لانه ليس حرجا مجرى التضمنه دعوى حق الله تعالى وهو الحد ويحتاج الى جمع وتناول (قوله) ومن شهد ولم يبرح حتى قال أو همت بعض شهادتي أي أخطأت لنسب ما يحق على زيادة باطلة بان كان شهيدا بالف فقال انما هي خمس مائة أو بنقص بان شهد بخمس مائة فقال أو همت

إذا كان فيه خصم ثم يثبت الجرح بقاء عليه قلنا انه لو أقام البينة أن الشاهد عبد تقبل لأن الرق حق الله تعالى أو محدود في قذف لأن فيه إحياء حق الله تعالى وهو الحد أو قاذف والمقذوف يدعى لأن فيه إثبات الحد وفيه حقان يتقادم العهد لأن فيه إحياء حق الله تعالى وهو الحد أو قاذف والمقذوف يدعى لأن فيه إثبات الحد وفيه حقان والمغالب حق الله تعالى أو شريك المدعى أي يشهد بمال مشترك فتثبت التهمة والشهادة ترد بالتهمة فان قيل ينبغي أن يقبل الشهود في الجرح المجرى دلالة في معنى التزكية علانية قلنا في هذه الشهادة نسبة الشهود الى الفسق فيجب عليهم التعريض بهذه الاشاعة فكان عكسهم أن يخبر والقاضي بمال الشهود سرا فالسالم يفعلوا ذلك صاروا فسقة بإشاعة الفاحشة من غير أن يثبتوا بها حقا ولا يصلح الفاسق معدلا (قوله) ومن شهد ولم يبرح حتى قال أو همت في بعض شهادتي قيل معنى قوله أو همت في بعض شهادتي أن يكون غاطا في المقدار أو

(٦٣) - (فحق القدر والكفاية) - (سادس) والمدعى عليه أو الإشارة الى أحدهما سواء كان في مجلس القضاء أو في غيره وتدارك ترك لفظ الشهادة انما يتصور قبل القضاء اذ من شرط انقضاء أن يتكلم الشاهد بلفظ أشهد والمشرط لا يتحقق بدون الشرط وأما إذا كان

(قوله) وكان المناسب أن يقول ولذلك) أقول ليكون إشارة الى بعده (قوله) أو شارب خمر أو سارق أو قاذف أو شريك المدعى) أقول أو شارب أي ولم يتقادم وقوله أو سارق أي من المدعى عليه وقوله أو قاذف أي والحال أن المقذوف يدعيه وقوله أو شريك المدعى أي والمدعى مال قال المصنف (حتى قال أو همت بعض شهادتي) أقول منصوب على نزع الخافض أي في بعض شهادتي قال المصنف (قوله أو همت أي أخطأت) أقول الأولى حذف أي التفسيرية كالا يخفى فيكون مجازا من باب ذكر الخاص وإرادة العام لأن أوهم بمعنى اسقط (قال المصنف) وبزيادة كانت باطلة (قوله) كانت باطلة صفة لزيادة

في موضع شبهة التلبس كما اذا شهد بالف ثم قال غلطت بل هي خمسة ائة أو بالعكس فانها تقبل اذا قال في المجلس بجميع ما شهد أو لا عند بعض المشايخ لان المشهود له استحقاق القضاء على القاضي بشهادته ووجب قضاؤه فلا يسهو ذلك بقوله أو همت وبما بقي أو زاد عند آخره لان الحادث بعد الشهادة من العدل في المجلس كالمقررون باصلاها واليه مال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله وهذا التدارك يمكن أن يكون قبيل القضاء بتلك الشهادة وبعدها قال المصنف (ووجهه أن الشاهد قد ينبتى بئله لمهابة مجلس القضاء فكان العذر واضحاً فيقبل اذا تداركه في أوانه) وهو قبل البراج من المجلس (وهو ٤٩٨) عدل وأما اذا كان بعد ما قام عن المجلس فلم يقبل (لانه يومهم الزيادة من المدعي باطماعه

جازت شهادته) ومعنى قوله أو همت أي أخطأت بنسيان ما كان يحق على ذكره أو بزيادة كانت باطلة ووجهه أن الشاهد قد ينبتى بئله لمهابة مجلس القضاء فكان العذر واضحاً فيقبل اذا تداركه في أوانه وهو عدل بخلاف ما اذا قام عن المجلس ثم عاد وقال أو همت لانه يومهم الزيادة من المدعي بتلبس وخيانة فوجب الاحتياط ولان المجلس اذا تعلق الحق باصل الشهادة فصارت كلام واحد ولا كذلك اذا اختلف وعلى هذا اذا وقع الغلط في بعض الحدود أو في بعض النسب وهذا اذا كان موضع شبهة فاما اذا لم يكن فلا بأس باعادة الكلام أصلاً مثل أن يدع الغلطة الشهادة وما يجري مجرى ذلك وان قام عن المجلس بعد أن يكون عدلاً وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله أنه يقبل قوله في غير مجلس اذا كان عدلاً والظاهر ما ذكرناه والله أعلم

انما هي ألف (جازت شهادته) اذا كان عدلاً أي ثابت العدالة عند القاضي أو لا فسأل عنه فعديل (ووجهه أن الشاهد قد ينبتى به لمهابة مجلس القضاء) اذ يسمع البشر النسيان وعدالته مع عدم التهمة توجب قبول قوله ذلك بخلاف ما اذا غاب ثم رجع فقال ذلك لانه تمته استغواء المدعي في الزيادة والمدعي عليه بالنقص في المال فلا تقبل (وعلى هذا اذا غلط في بعض الحدود) بان ذكر الشرقي مكان الغربي ونحوه (أو في بعض النسب) بان قال محمد بن علي بن عمران تداركه في المجلس قبل وبعده لا واذا اجازت ولم ترد فبإذا يقضى قبيل بجميع ما شهد به لان ما شهد به صار حقاً للمدعي على المدعي عليه فلا يطل حقه بقوله أو همت ولا بد من قبده بان يكون المدعي يدعي الزيادة فانه لو شهد به بالف وقال بل ألف وخمسمائة لا يدفع الا ان ادعى الالف وخمسمائة وصورة الزيادة حينئذ على تقدير الدعوى أن يدعي ألفاً وخمسمائة فيشهد بالف ثم يقول أو همت انما هو ألف وخمسمائة لا ترد شهادته لكن هل يقضى بالف أو بالف وخمسمائة

في الجنس أو في السبب ثم قبل يقضى بجميع ما شهد به لان ما شهد به صار حقاً للمدعي على المدعي عليه ولا يطل بقوله أو همت وقبل يقضى بما بقي حتى لو شهد بالف وقال غلطت بخمسمائة بل هو خمسمائة يقضى عليه بخمسمائة لان ما حدث بعد الشهادة قبل القضاء يجعل كدونه عند الشهادة ولو شهد بخمسمائة لا يقضى بالف كذا هذا واليه مال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله اذا شهد شاهدان لرجل بشهادة ثم زاد فيها قبل القضاء أو بعد القضاء وقال أو همتنا وهما غير متعين قبل ذلك منهما وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله في رجل شهد عند القاضي بشهادة ثم يجيء بعد ذلك وقال شككت في كذا وكذا في شهادتي التي شهدت بها فان كان القاضي يعرفه بالصالح قبل شهادته فيما بقي واذا كان لا يعرفه بالصالح فهذه تهمة وكذا قوله رجعت عن شهادتي في كذا وكذا من هذا المسال أو غلطت أو نسيت فهو مثل قوله قد شككت (قوله وعلى هذا اذا وقع الغلط في بعض الحدود) بان يذكر الجانب الشرقي في مكان الجانب الغربي أو على العكس أو في بعض النسب بان يذكر محمد بن أحمد بن عمر مكان محمد بن علي بن عمر مثلاً أي تقبل اذا تدارك في مجلسه ولا تقبل بعده (قوله وهذا اذا كان موضع شبهة) قال في النهاية أي موضع شبهة

الشاهد يحطام الدنيا والنقصان من المدعي عليه بمثل ذلك (فوجب الاحتياط) قوله ولان المجلس اذا اتحد دليل آخر على ذلك وفيه اشارة الى ما مال اليه شمس الأئمة فانه ألحق المحقق باصل الشهادة فصارت كلام واحد وهذا لو جوب العمل بالشهادة الثانية في الزيادة والنقصان كما ذكرناه (وعلى هذا) أي على اعتبار المجلس في دعوى التوهم (اذا وقع الغلط في بعض الحدود) فذكر الشرقي في مكان الغربي أو بالعكس (أو في بعض النسب) كأن ذكر محمد بن أحمد بن عمر بدل محمد بن علي بن عمر مثلاً فان تداركه قبل البراج عن المجلس قبلت والا فلا (وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله أنه يقبل قوله في غير المجلس أي في جميع ذلك لان فرض عدالته ينفي توهم التلبس والتغريب (والظاهر ما ذكرناه) أولاً من تقديم ما فيه شبهة التغريب بالمجلس والله أعلم

(قوله بجميع ما شهد أو لا) أقول أي الغلطة وخمسمائة قوله وبما بقي أو زاد عند آخره (الخ) أقول والظاهر قبل هندی قول الآخر فان على قول بغض المشايخ يكون الشاهد مكذباً في قوله الثاني فينبغي أن لا تقبل شهادته مطلقاً ان المراد من قوله وبما بقي خمسة مائة ومن قوله أو زاد ألف (قوله وبعدها) أقول والظاهر أن يقال بعده (قوله وفيه اشارة الى ما مال اليه شمس الأئمة) أقول بل في الدليل الاول أيضا اشارة اليه بظاهر ذلك بالتأمل (قال المصنف وهذا اذا كان موضع شبهة) أقول أي شبهة التلبس وفي النهاية موضع الزيادة والنقصان انتهى وفيه بحث

قيل يقضى بالكل وقيل بما يقضي فقط وهو الالف حتى لو شهد بالف ثم قال غلطت بخمس مائة زيادة وانما
 هو خمس مائة يقضى بخمس مائة فقط لان ما حدث بعد الشهادة قبل القضاء يجعل كدونه عند الشهادة
 وهو لو شهد بخمس مائة لم يقض بالف فكذا ان غلط واليه مال شمس الائمة السرخسي فعلى هذا قوله في
 جواب المسئلة جازت شهادته أى لا ترد لكن لا يقضى الا كما قلنا سواء كان وهمه ذلك قبل القضاء أو بعده
 وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله اذا شهد شاهدان رجل بشهادة ثم زاد فيها قبل القضاء أو بعده وقال
 أوهما وها غير متعين قبل من حيا وها هذا أنه يقضى بالكل وعن أبي يوسف في رجل شهد ثم جاء بعد يوم
 وقال شككت في كذا وكذا فان كان القاضي يعرفه بالصلاح تقبل شهادته فيما بقي وان لم يعرفه بالصلاح فهد
 ثم حدة وعن محمد اذا شهدوا بالدار للمدعى وقضى القاضي بشهادتهم ثم قالوا لا ندري لمن البناء فافى لأضيقهم
 قيمة البناء وحده كولو قالوا شككت في شهادتنا وان قالوا ليس البناء للمدعى ضمنوا قيمة البناء له وشهدوا عليه فعلم
 بهذا أن الشهود لا يختلف الحكم في قوالهم شككتنا قبل القضاء وبعده في أنه يقبل اذا كانوا عدولا بخلاف
 ما اذا لم يكن موضع شبهة وهو ما اذا ترك لفظ الشهادة أو الإشارة الى المدعى عليه أو المدعى أو اسم أحدهما فانه
 وان جاز بعد المجلس يكون قبل القضاء لان القضاء لا يتصور بلا شرطه وهو لفظ الشهادة والتسمية ولو قضى
 لا يكون قضاء * (فروع) * من الخلاصة وقف وقفنا على مكتب وعلى معلم فغصب فشهد رجال من أهل
 القرية أنه وقف فلان على مكتب كذا وليس للشهود اولاد في المكتب قبلت فان كان لهم اولاد فلا يصح أنه تجوز
 أيضا كذا لو شهد أهل المحلة للمسجد بشئ وكذا شهادة الفقهاء على وقفه وقف على مدرسة كذا واهم من
 أهلها تقبل وكذا اذا شهدوا أن هذا المصحف وقف على هذا المسجد والمسجد الجامع وكذا انشاء السبيل اذا
 شهدوا أنه وقف لابتداء السبيل وقيل ان كان الشاهد يطلب لنفسه حقا من ذلك لا تقبل وقال بعضهم منهم
 الامام الفضلي لا تقبل شهادة أهل المسجد وقال أبو بكر بن حاتم في جنس هذه المسائل تقبل على كل حال لان
 كون الفقهاء في المدرسة والرجل في المحلة والصبي في المكتب غير لازم بل ينتقل وأخذ هذا مما سئل كره من
 كلام الخصاص ولو شهدوا أنه أوصى لفقراء جيرانه وللشهود اولاد محتاجون في جوار الموصى قال محمد لا تقبل
 للامنين وتبطل للباقي وفي الوقف على فقراء جيرانه كذلك وفي وقف هلال قال وتقبل شهادة الجيران على
 الوقف قلت وكذا ذكر الخصاص في أوقافه فبين شهد على أنه جعلها صدقة موقوفة على فقراء جيرانه أو على
 فقراء المسلمين وهم من فقراء الجيران قال تجوز الشهادة لان فقراء الجيران ليسوا اقواما مخصوصين ألا ترى أنه
 انما ينظر الى فقراء الجيران يوم تقسم الغلة فن انتقل منهم من جواره لم يكن له في الغلة حق ألا ترى أن رجلين
 فقيرين من أهل الكوفة لو شهدا أنه جعل أرضه صدقة موقوفة على فقراء أهل الكوفة أن الشهادة جائزة فان
 الوقف ليس له ما باعناهم خاصة ألا ترى أن ولي الوقف لو أعطى الغلة فقيريهما من فقراء الكوفة كان جائزا
 وكذلك كل شهادة تكون خاصة وانما هي عامة مثل أهل بغداد وأهل البصرة ونحو ذلك ان الشهادة جائزة
 وذ كره قبل هذا باسطران شهدا أنه جعلها صدقة موقوفة على جيرانه وهم جيرانه فشهادتهما باطلة وكان
 الفرق بينهما في هذه الصورة اذ لا جيران له سواهما بخلاف تلك الصورة ولو شهدوا أنه أوصى بثلثة للفقراء
 وأهل بيته فقراء لا تقبل ولو شهد بعض أهل القرية على بعض أهل القرية بزيادة الخراج لا تقبل وان كان
 خراج كل أرض مبيعا أو لخراج للشاهد تقبل وكذا أهل قرية شهدوا على ضيعة أنهم من قرية يتهم لا تقبل وكذا
 أهل سكة يشهدون بشئ من مصالح السكة ان كانت السكة غير نافذة لا تقبل وفي النافذة ان طلب حقا لنفسه
 لا تقبل وان قال لا آخذ شيئا تقبل وكذا في وقف المدرسة على هذا في فتاوى التنسي وقيل ان كانت السكة نافذة
 تقبل مطلقا وفي الاجتناس في الشهادة على الوصية للفقراء وأهل بيت انشاهدين فقراء لا تقبل لهما ولا
 التلبس من المدعى أو المدعى عليه فاما اذا لم يكن أى موضع شبهة فلا بأس باعادة الكلام أصلا مثل أن يدع لفظ
 الشهادة وما يجري مجرى ذلك بان ترك ذكر اسم المدعى أو المدعى عليه أو ترك الإشارة الى المدعى والمدعى عليه
 وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله أنه يقبل قوله في غير المجلس اذا كان عدلا الاول هو الظاهر

(باب الاختلاف في الشهادة) تأخير اختلاف الشهادة عن اتفاقها بما يقتضيه الطبع لكون الاتفاق أصلاً واختلاف انما هو بعرض الجهل والكذب فاحره وضعا للتناوب قال (الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت الخ) الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفها لم تقبل وقد عرفت معنى الشهادة فاعلم ان الدعوى هي مطالبة بحق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته وموافقتها للشهادة هو ان يتحدوا نواك وكيفا وزمانا ومكانا وفعلا وانفعالا ومساكنة ونسبة فانه اذا ادعى على آخر عشرة دنانير وشهدا الشاهد بعشرة دراهم أو ادعى عشرة دراهم وشهد بثلاثين أو ادعى سرقة ثوب أحر وشهد بياض أو ادعى أنه قتل وليه يوم النحر بالكوفة وشهد بذلك يوم الفطر بالبصرة أو ادعى شق رقبة واتلاف ما فيه وشهد بان شق رقبة عنده أو ادعى (٥٠٠) عقاراً بالجانب الشرقي من ملك فلان وشهد بالعربي منه أو ادعى أنه ملكه وشهد أنه ملك ولد له أو ادعى أنه عبده وولده

(باب الاختلاف في الشهادة)

قال: الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفها لم تقبل

لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجد في ما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها

لغيرهما ولو شهد أنه أوصى بثلثة لغيره بني غيرهم وهم ا فقيران الشهادة جائزة ولا يعطيان منه شيئاً ولو شهد أنه جعل أرضه صدقة لله تعالى على فقراء قرابته وهم من قرابته وهم اغنيان يوم شهد أو فقيران لم تجز شهادته ووضع هذه الخصاص فيما اذا شهد أنه جعلها صدقة موقوفة على أهل بيته وهم من أهل بيته فهي باطلة قال وكذا اذا شهدوا على فقراء أهل بيته ومن بعدهم على المساكين ويوم شهدا هما غنيان قال شهادتهما باطلة لانهما ان افتقرا يثبت الوقف لهما بشهادتهما وكل شهادة تجزى لغيرهما ولا يوجب أولاده أو ولزوجه

(باب الاختلاف في الشهادة)

الاختلاف في الشهادة خلاف الاصل بل الاصل الاتفاق لان الاصل فيما يتقرر عن جهة واحدة ذلك والشهادة كذلك لانها تنفرد ا من روية كافي الغصب والقتل أو سماع اقرار وغيره والشاهدان مستويان في ادراك ذلك فيستويان فيما يثبتان فلهاذا أخره عالم يذ كرفيه خلاف (قوله الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفها لم تقبل) لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة لانها لا تثبت حقيقة فلا بد من طلبه وهو الدعوى (وقد وجد) الدعوى (فيما يوافقها) أي يوافق الشهادة فوجد شرط قبولها فتقبل (وانعدمت فيما يخالفها) فانها لم توافقها صارت الدعوى بشي آخر وشرط القبول الدعوى بما به الشهادة

(باب الاختلاف في الشهادة)

(قوله لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط) قيد بحقوق العباد لانه لا يشترط في حقوق الله تعالى تقدم الدعوى لقبول الشهادة لان كل أحد خصم في اثبات حق الله تعالى لانه واجب الرعاية على كل أحد فصار كان الدعوى موجودة وحق الانسان يتوقف على مطالبته أو مطالبة من يقوم مقامه فاذا وافقت الشهادة الدعوى وجد من المدعى مطالبته ما يشهد به الشهود فتقبل واذا خالفها لم يوجد من المدعى مطالبة ما يشهد به الشهود فلم تقبل ويعتبر اتفاق الشاهدين لان القضاء انما يجزى بحجة وهي شهادة المثنى فإلم يتحققا فيما شهدا به لا تثبت الحجة واتفاقهما في اللفظ والمعنى شرط عند أبي حنيفة فترجحه الله والمراد باتفاقهما اللفظ طابق لفظهما على افادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن فان شهدا أحدهما بالف والاخر بالعين لا تقبل الشهادة عنده كالأشهاد أحدهما بدراهم والاخر بدنانير وهذا لان لفظ الالفين غير لفظ الالف وما يراى بالالفين غير ما يراى بالالف فلم يثبت واحد من الالفين لانه ليس على كل واحد من الالفين الشهادة واحدة فان قيل الالف موجود في الالفين قلنا نعم اذا ثبت الالفان ثبت الالف في ضمنه فاذا لم يثبت المتضمن كيف يثبت

ولده أو ادعى أنه عبده وولده الجارية الغلانية وشهد بولادة غيره لم تكن الشهادة موافقة للدعوى وأما الموافقة بين لفظيها فليست بشرط ألا ترى أن المدعى يقول ادعى على غريمي هذا والشاهد يقول أشهد بذلك واستدل المصنف على ذلك بقوله (لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها) أما أن تقدمها فيها شرط لقبولها فلان القاضي نصب لفصل الخصومات

(باب الاختلاف في الشهادة)

(قوله والاختلاف انما هو بعرض الجهل) أقول وأيضاً الاختلاف هو سلب الاتفاق والاتحاد أي ملازمه وأيضاً الاتفاق من الاختلاف كالمفرد من المركب اذ الاتفاق هو الاتحاد والواحد مقدم على المتعدد فليتامل (قال

المصنف الشهادة اذا وافقت قبلت) أقول صدق الباب بهذا المسئلة مع أنما ليست من الاختلاف في الشهادة واعلم لكونها كالدليل لو جوب اتفاق الشاهدين ألا يرى أنهم لو اختلفوا في اختلاف الدعوى والشهادة كالا يخفى على من له أدنى بصيرة (قوله وقد عرفت معنى الشهادة) أقول في أول كتاب الشهادة (قوله فاعلم ان الدعوى هي مطالبة بحق في مجلس من له الخلاص) أقول أي من له خلاصه كقوله تعالى فان الجنة هي المأوى (قوله أو ادعى شق رقبة) أقول فيه بحث (قوله وشهد بان شق رقبة) أقول أي من غير شقة (قوله أو ادعى أنه ملكه) أقول لا يخفى أن المناسب لما سبق هو كون الاختلاف في الملك الذي هو إحدى مقولات العرض وليس كذلك بل ما ذكره من قبيل النسبة (قوله اما أن تقدمه) أقول الظاهر أن يقال تقدمها (قوله فلان القاضي نصب لفصل الخصومات

فلا بد منها ولا يعنى بالخصوص - إلا الدعوى وأما وجودها عند الموافقة فلم يرد ما يذهب من التكذيب وأما عدمها عند المخالفة فلو جرد ذلك لأن الشهادة لتصدق الدعوى فإذا خالفتم فقد كذبتم فاصور وجودها وعدمها سواء وفيه بحث من وجهين أحدهما أنه قال تقدم الدعوى شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وهو مسلم ولكن وجود الشرط لا يستلزم (٥٠١) وجود الشرط والثاني أنه عند المخالفة

تعارض كلام المدعى والشاهد في المخرج لصدق الشاهد حتى اعتبر دون كلام المدعى والجواب عن الأول أن علة قبول الشهادة التزام الحاكم بمساعده عند صحتها وتقدم الدعوى شرط ذلك فإذا وجد فقد اتفق المانع فوجب القبول لوجود العلة وانتفاء المانع لأن وجود الشرط استلزم وجوده وعن الثاني بان الأصل في الشهود العدالة لا سيما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ولا يشترط عدالة المدعى لصحة دعواه فربما جانب الشهود عملا بالأصل

فلا بد منها) أقول هذا لا يدل على شرطية التقدم بل على شرطية وجودها مطلقا والأصوب أن يقال لان الشهادة شرع لتعقيق قول المدعى في حقوق العباد ولا يكون ذلك إلا بدعواه سابقا (قوله وأما وجودها عند الموافقة الخ) أقول كذا ذكره الشارحون وعندى الأولى أن يقال أما وجودها عند الموافقة فظاهر وأما عدمها عند المخالفة فكذلك لظهور أن ليس المراد من

واعلم أنه ليس المراد من الموافقة المطابقة بل اما المطابقة أو كون المشهود به أقل من المدعى به بخلاف ما إذا كان أكثر فن الأقل ما لو ادعى نكاح امرأه بسبب أنه تزوجها بغير كذا فشهدوا أنهم امنكحوه بزيادة تقبل ويقضى به المثل ان كان قدومها - أو أقل فان زاد عليه لا يقضى بالزيادة كذا في غير نسخة من الخلاصة والظاهر أنه انما يستقيم اذا كانت هي المدعية ومنه اذا ادعى ملكا مطلقا أو بالتناجز فشهدوا في الأول بالملك بسبب وفي الثاني بالملك المطلق قبلتان لان الملك بسبب أقل من المطلق لأنه يفيد الأولية بخلافه بسبب يفيد الحدوث والمطلق أقل من التناجز لان الملك المطلق يفيد الأولية على الاحتمال والنتائج على اليقين وفي قلبه وهو دعوى المطلق فشهدوا بالتناجز لا تقبل ومن الأكثر ما لو ادعى الملك بسبب فشهدوا بالمطلق لا تقبل الا اذا كان ذلك السبب الارث لان دعوى الارث كدعوى المطلق هذا هو المشهور ووقيد في الاقضية بما اذا نسبها الى معروف سمها ونسبها أما لوجهه فقال اشترى بته وقال من رجل أوز يدوه وغير معروف فشهدوا بالمطلق قبلت فهي خلاصة وذكر الخلاف في القبول رشيد الدين وعن هذا الخلفوا فيما اذا تحمل الشهادة على ملك بسبب واراد أن يشهد بالمطلق لم يذكر في شيء من الكتب واختلف المشايخ فيه والاصح لا يحل له قلت كيف وفيه ابطال حقه فانها لا تقبل فيما لو ادعاه بسبب ولو ادعى الشراء مع القبض فقال وقبضته منه هل هو كالمطلق حتى لو شهدوا بالمطلق قبلت في الخلاصة تقبل وحكى في فصول العمادى خلافا قيل تقبل لان دعوى الشراء مع القبض دعوى مطلق الملك حتى لا يشترط لصحة هذه الدعوى تعيين العبد وقيل لان دعوى الشراء معتبرة في نفسها الا كالمطلق ألا يرى أنه لا يقضى له بالزوائد في ذلك وفي فوائد شمس الاسلام دعوى الدين كدعوى العين وكذا في شرح الحيل للعلاوى فلادعى الدين بسبب القرض وشبهه فشهدوا بالدين مطلقا قال شمس الانسة محمود الا ورجندي لا تقبل قال في المحيط في الاقضية مسئلتان يدلان على القبول انتهى وعندى الوجه القبول لان أولية الدين لا معنى له بخلاف العين وفي فتاوى رشيد الدين لو ادعى الملك المطلق فشهدوا عليه بسبب ثم شهدوا على المطلق لا تقبل لانهم لما شهدوا بسبب جل دعوى المطلق عليه فلا تقبل بعده على المطلق ولو شهدوا أولا على المطلق ثم شهدوا على الملك بسبب تقبل لأنه ببعض ما شهدوا به أولا ولو ادعى المطلق فشهدوا به ما به والاخر مع السبب تقبل ويقضى بالملك الحادث كالمشهد بجعبه وكل ما كان بسبب عقد شراء أو هبة فهو ملك حادث ولو ادعى بسبب فشهدوا به ما به والاخر مطلقا لا تقبل كالمشهدوا به ما به على المطلق ودعوى الملك بسبب الارث كدعوى الملك المطلق واذا اراد احد الشاهدين دون الاخر تقبل في دعوى غير المؤرخ لافى دعوى الملك المؤرخ ولو ادعى الشراء بسبب ارثه فشهدوا به بلا تاريخ تقبل لأنه أقل وعلى القلب لا تقبل ولو كان لانشراء شهران فأرخوا شهر تقبل وعلى القلب لا ولو اراد المطلق بان قال هذا العين لى منذ سنة فشهدوا به منذ سنتين لا تقبل وعلى القلب تقبل * ومن الزيادة والنقص ما تضمنه هذه الغرور التي نذكرها دارى بدر جلين اقتسمهاها وغاب أحدهما فادعى رجل على الحاضر ان له نصف هذه الدار مساعا فشهدوا ان له النصف الذى فى يد الحاضر فهي باطله لانها أكثر من المدعى به ادعى دارا واستثنى طريق الدخول وحقوقها ومرا فقها فشهدوا انهم لم يستثنوا شيئا لا تقبل وكذا لو استثنى بيتا ولم يستثنوا الا اذا وفق فقال كنت بعد ذلك البيت منها فتقبل وفي المحيط نقلا من الاقضية قارب الغاضى للخصاف اذا ادعى الملك الحال اى فى العين فشهدوا ان هذا العين كان ماقى ضمنه ألا ترى انه لو شهد أحدهما انه قال لا مرأته أنت خلية وشهد الآخر انه أنت بري لا يثبت شيء

تقدم الدعوى تقدم أية دعوى كانت بل تقدم دعوى ما يشهد به الشهود فيثبت لا يرد البعث الثاني أصلا على أن الدعوى لو جعلت معدومة لما قبلت لو أتى المدعى بشاهدين آخرين وأيضاً ما ذكره في الجواب مخالف لما سبق في مسألة الشهادة بالالف والخمسائة إذا ادعى المدعى الف حيث جعل سكوت المدعى عن الخمسمائة تكذيباً للشاهد وتغيباً له ولهم لا تقبل فليتامل (قوله وعن الثاني انى قوله عملاً بالأصل) أقول مخالف لما سبقي - أن أكذب المدعى شاهداً تغيباً له فراجع

قد ملكه تقبل لانما اثبتت الملك في الماضي فيحكم به في الحال ما لم يعلم المنزى بل قال رشيد الدين بعد ما ذكرها
لا يجوز للقاضي ان يقول اسرو ملك روى دانيث انتهى ومعنى هذا لا يحل للقاضي ان يقول تعلمون انه ملكه
اليوم نعم ينبغي للقاضي ان يقول هل تعلمون انه خرج من ملكه فقط ذكره في المحيط قال العمادى فعلى هذا
اذا ادعى الدين فشهدوا انه كان له عليه دين كذا ينبغي ان تقبل كفى العين ومثله اذا ادعى انما روى فشهدوا انه
كان تزوجها ولم يتعرضوا للحال تقبل هذا كما اذا شهدوا بالملك في الماضي اما لو شهدوا باليد له في الماضي
لا يقضى به في ظاهر الرواية وان كانت اليد تسوغ الشهادة بالملك على ما سلفنا، وعن ابى يوسف يقضى بها
ويخرج العمادى على هذا ما في الواقع لو اقر بدين رجل عند رجلين ثم شهد عدلان عند الشاهدين انه قضى
دينه ان شاهدى الاقرار يشهدان انه كان عليه دين ولا يشهدان ان له عليه فقال هذا ايضا دليل على انه اذا ادعى
الدين وشهدوا انه كان عليه تقبل وهذا غلط فانه انما تعرض لما يسوغ له ان يشهد به لا للقبول وعدمه بل ربما
يؤخذ من منعه احدى العبارتين دون الاخرى ثبوت القبول في احدهما دون الاخرى كيف وقد ثبت
بشهادة العدلين عند الشاهدين انه قضاه فلا يشهدان حتى يخبر القاضي بذلك وأن القاضي حينئذ لا يقضى
بشيء وسبب من مسائل الكتاب اذا علم شاهد الالف انه قضاه خمسة ائمة لا يشهد حتى يقر بقضاه والله سبحانه
اعلم وعكس مانع فيه لو ادعى في الماضي ان هذه الجارية كانت ملكى فشهد ائمة انه اختلف في قبولها
والاصح ان لا تقبل وكذا لو ادعى انه كان له وشهدوا انه كان له لا تقبل وانما تقبل اذا شهدوا على طبق دعواه
هذه انما كانت له لان اسناد المدعى دليل على نفي ملكه في الحال اذا فائدة له في الاقتصار على الماضي الا ذلك
فلم يكن ما شهدوا به مدعى به بخلاف الشاهدين اذا اسند ذلك لا يدل على نفيهم اياه في الحال لحوار قصدهم الى
الاحتراز عن الاخبار بما لا علم لهم به اذ لم يعلموا سوى ثبوته في الماضي وقد يكون انتقل فيحترز ان عنه وان كان
يثبت للحال بالاستصحاب وفي الخلاصة ادعى المقر الجيدة وبين الوزن فشهدوا على المقر والوزن ولم يذكر
جيدة او رديئة او وسطا تقبل ويقضى بالرديء بخلاف ما لو ادعى قفيز دقيق مع النخالة فشهدوا من غير نخالة
أو مخول فشهدوا على غير المخول لا تقبل وفيها ان من ادعى على رجل الغنم ثمن بيت فشهدوا على الف من
ضمنان جارية غصها وهما مكت عند لا تقبل وعن هذا ذكر في المسئلة المسطورة وهى ما اذا شهدوا بالف من
ثمن جارية باعها منه فقال البائع انه اشهدا عليه بذلك والذي له عليه ثمن متاع تقبل شهادة ثمنهما فقال في
الخلاصة وهو محمول على انهما شهدا على اقراره بذلك اى اقرار المدعى عليه بثمن الجارية لان ثمنه في الاقرار تقبل
لمسابق في المسئلة المذكورة قبلها وفي الكفالة اذا شهدوا انه كفل بالف عن فلان فقال الطالب هو اقر بذلك
لكن الكفالة كانت عن فلان آخر كانه ان اخذته بالمال لانهما اتفقا فيما هو المقصود فلا يضرهما
الاختلاف في السبب ومثله ادعى انه آجره دارا وقبض مال الاجارة ومات فانفسخت الاجارة وطلب مال
الاجارة فشهدوا ان الآجر اقر بقبض مال الاجارة تقبل وان لم يشهدوا على عقد الاجارة لانهم شهدوا بالمقصود
وهو استحقات مال الاجارة ولو ادعى الدين أو القرض فشهدوا على اقراره بالمال تقبل ولو شهدا أحدهما به
والآخر بالاقرار به فقد أطلق القبول في المحيط والعمدة وقال قاضيان قالوا تقبل عند ابى يوسف ولو ادعى
قرضا فشهدوا أن المدعى دفع اليه كذا ولم يقولوا قبضها المدعى عليه ثبت قبضه كالثبوت على البيع فان
الشهادة على البيع شهادة على الشراء واذا ثبت القبض بذلك يكون القول لذى اليد انه قبض بجهة الامانة
فيحتاج الى بينة على أنه بجهة القرض ان ادعى ولو ادعى أنه قضاه دينه فشهدا أحدهما به والآخر بالاقرار أنه
قضاه لا تقبل ولو شهدوا جميعا بالاقرار به قبلت ولو ادعى شراء دار من رجل فشهدوا أنه اشتراها من وكيله
لا تقبل وكذا لو شهدوا أن فلانا باعها منه وهذا المدعى عليه أجاز البيع ادعى أنك قبضت من مالى جلا بغير حق
مثلا ذكره وقيمتها فشهدوا أنه قبض من فلان غير المدعى تقبل ويجبر على احضاره لانه قال من مالى ولم يقل
قبضت منى فلا يكون ما شهدا به يناقضه فيحضره ليشير اليه بالدعوى فاذا اختلف الشاهدان ووجد شرط
وان اتفقا في المعنى وفيما اذا شهدا أحدهما بالالف والآخر بالالفين ان وقع الدعوى في ألفين بان كان في

قال (ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند أبي حنيفة الخ) الموافقة بين شهادة الشاهدين بشرط قبولها كما كانت شرطاً بين الدعوى والشهادة ولكنهم اختلفوا في أنهما شرط من حيث اللفظ والمعنى أو من حيث المعنى خاصة فأما الموافقة من حيث المعنى فلا بد منها باختلاف واختلاف اللفظ من حيث الترادف لا يمنع باختلاف ولهذا إذا شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية فهي مقبولة وأما باختلاف اللفظ فيجب بدل بعضه على مدلول البعض الآخر بالتضمن فقد نفاه أبو حنيفة وتوجزاه (فإن شهد أحدهما بالف والآخر بالعين لم تقبل عنده وقال تقبل على الالف إذا كان المدعى يدعى العين وهو دين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلاث لهما) أنهما اتفقا على الالف أو الطلقة وتغرد أحدهما بالزيادة) وكل ما هو كذلك ثبت فيه الاتفاق عليه دون ما تغرده (٥٠٣) أحدهما كما إذا ادعى ألفاً وخمسة مائة

وشهد أحدهما بالف والآخر بالف وخمسة مائة على ما سيجي (ولابي حنيفة رحمه الله أنهما اختلفا لفظاً) لأن أحدهما مفرد والآخر تثنية واختلاف الالفاظ

افسراداً وتثنية يدل على اختلاف المعاني الدالة هي عليها بالضرورة (١) وان شئت بالتثنية فإن الالف لا يعبر به عن الالفين لاحقيقة ولا بجاز أو الالفان لا يعبر بهما عن الالف كذلك فكان كلام كل منهما كلاماً مبيناً لكلام الآخر

(قال المصنف ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ) أقول المراد منه تطابق اللفظين على إفادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن فلا يضر تخالف اللفظ إذا اتحد المعنى كفي الهبة والعطية والنكاح والتزويج (قوله الموافقة بين شهادة الشاهدين الخ) أقول في العموم بحث فإن موافقة

قال (ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند أبي حنيفة) فإن شهد أحدهما بالف والآخر بالعين لم تقبل الشهادة عنده وعندهما تقبل على الالف إذا كان المدعى يدعى الالفين) وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلاث لهما أنهما اتفقا على الالف أو الطلقة وتغرد أحدهما بالزيادة فيثبت ما جتمعها عليه دون ما تغرده أحدهما فصار كالالف والالف والجسماء تثني لابي حنيفة ترجمه الله أنهما اختلفا لفظاً وذلك يدل على اختلاف المعنى لانه يستفاد باللفظ وهذا لأن الالف لا يعبر به عن الالفين

القبول في شهادة أحدهما فقط وهو ما طبق الدعوى من الشاهدين فالواحد لا تقوم به الحجة للقاضي وإنما قيد الاشراف بحقوق العباد احتراماً عن حقوق الله سبحانه فإن دعوى مدعى خاص غير الشاهد ليس شرطاً لقبول الشهادة لأن حقه تعالى واجب على كل أحد القيام به في إثباته وذلك الشاهد من جهة من عليه ذلك فكان قائماً في الخصومة من جهة الواجب عليه وشاهد من جهة تتحمل ذلك فلم يحتج فيه إلى خصم آخر (قوله) ويعتبر اتفاق الشاهدين الخ (أي بشرط التطابق بين كل من الشاهدين كجيبين الشهادة والدعوى أيضاً لو جوب القضاء) ثم الشرط في تطابق الشاهدين عند أبي حنيفة ترجمه الله (في اللفظ والمعنى) والمراد من تطابقهما تطابق لفظهما على إفادة المعنى سواء كان بعين ذلك اللفظ أو بمرادف حتى لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية قبلت لا بطريق التضمن (فإن شهد أحدهما بالف والآخر بالعين لم تقبل) فلم يقض بشيء (عند أبي حنيفة) وعندهما تقبل على الالف إذا كان المدعى يدعى الالفين) بخلاف ما لو كان يدعى ألفاً لا يقضى بشيء اتفاقاً لانه أ كذب شاهد الالفين إلا أن وفق فقال كان لي عليه ألفان فقضاني ألفاً وأمر أنه من ألف والشاهد لا يعلم بذلك فحينئذ يقضى له بالالف وعلى هذا لو شهد أحدهما بمائة والآخر بمائتين أو بطلقة ومائتين وطلقة وثلاث لا يقضى بطلاق أصلاً عنده وعندهما يقضى بالاقبل وعلى هذا الخمسة والعشرة والعشرة والخمسة عشر والدرهم والدرهمان وهذا في دعوى الدين أما في دعوى العين بان كان في كيس ألفاً درهم فشهد أحدهما أن جميع مافي الكيس وهو ألفاً درهم له وشهد آخر أن جميع مافي الكيس له وهو ألف درهم قبلت شهادته لأن ذكر المقدار في المشار إليه مستغنى عنه ذكره الخبازي وبقولهما قال الشافعي وأحمد رحمه الله ثم في رواية عن الشافعي وأحمد يستحق الزائد بالخلف عليه (لهما أنهما اتفقا على الالف أو الطلقة وتغرد أحدهما بالزيادة فيثبت ما جتمعها عليه دون ما تغرده أحدهما وصار كالالف والالف والجسماء) حيث اتفقا على أنه يقضى بالالف لذلك وهو أنهما جتمعاً على الشهادة بماز ولا يبي حنيفة ترجمه الله أنهما اختلفا في لفظ غير مرادف (لأن الالف لا يعبر به عن الالفين) ويلزمه اختلاف المعنى فأما كيسة ألفاً درهم فشهد أحدهما أن جميع مافي الكيس له وهو ألفاً درهم وشهد آخر بان نصف مافي الكيس

الشهادتين في الكيف ليست شرط القبول عند أبي حنيفة على ما سيجي في مسألة مرفقة بالبقرة وشرط بين الدعوى والشهادة كما صرح به الامام النير تاشي هناك وكذا الموافقة في الحكم بين الدعوى والشهادة ليست مشروطة كما يجي في المبسوط وصرح قاضيان ثم للشارح تردديه (قوله) وأما باختلافه بحيث إلى قوله بالتضمن) أقول كتب في هامش الكتاب من خط الشارح ما هو صورته اطلاق التضمن ههنا ليس على اصطلاح أهل المعقول لأنهما نوعان عندهم على ما عرف في موضعه انتهى فاقول في قوله نوعان عندهم بحث قال المصنف (وذلك يدل على اختلاف المعنى) أقول فيه إشارة إلى أن المعبر عنه هو الاتفاق في المعنى واعتبار اتفاق اللفظ ضرورة أن اتفاق المعنى لا يحصل الا عنده فتدبر (قال المصنف وهذا لأن الالف لا يعبر به الخ) أقول وأيضاً أن شرط الشهادة خالف الدعوى كما أن المدعى يدعى الالفين وهو اسم لمعد معلوم لا يقع على ما دون ذلك فلم يكن الالف المفرد مدعى فانفردت الشهادة عن الدعوى

(وحصل على كل واحد منهما شاهد واحد) فلا يثبت شيء منهما وصار اختلافهما هذا كاختلافهما في جنس المال شهد أحدهما بكر شعير والاخر بكر حنطة فبطل ذكر في المبسوط اذا ادعى ألفين وشهد بالف قبلت بالاتفاق ووجوب الموافقة بين الدعوى والشهادة كوجوبها بين الشاهدين في اجواب أبي حنيفة عن ذلك وأجيب بان اشتراط الاتفاق بينهما ليس حسب اشتراط بين الشاهدين فانه لو ادعى الغصب وشهدا بالاقرار به قبلت ولو شهد أحدا الشاهدين بالغصب والاخر بالاقرار به لم تقبل ولقائل أن يقول قد تقدم في تلقين الشاهد اذا كان في موضع التهمة بان ادعى ألفا وخمسائة وأنكر المدعى عليه خمسائة وشهد الشاهدان بالف فالقاضي يقول يحتمل أنه أبرأه عن خمسائة واستفاد الشاهد علما بذلك ووفق في شهادته كإلحاق القاضي أنه لا يجوز بالاتفاق وبين هذه المسئلة وما نقلت من المبسوط ما ترى من التناقض فالحق في الجواب لا يحرى حنيفة أن يحمل ما نقلت عن المبسوط (٤. ٥) على ما اذا وفق الشهادة بدعوى الابراء أو الأيغاف ولا يلزم أباحنيفة ما ذال قال لهاز وجهها

بليهما جملتان متباينتان فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد فصار كما اذا اختلف جنس المال

(هما) أي الألف والألفان (جملتان) أي عددان (متباينتان) حصل على كل واحد منهما شاهد وصار كما اذا اختلف جنس المال بان شهد أحدهما بكر شعير والاخر بكر حنطة أو بمائة بيض والاخر بمائة سود والمدعى يدعي السود لا تقبل على شيء أصلا لان المدعى كذب شاهد البيض الآن يوفق المدعى فيقول كان لي البيض فأبرأته من صبغة الجوده فتقبل حينئذ ما لو كان يدعي البيض ولها مائة فانه يقضي بالسود ولم يكو خلافا ذكره في الخلاصة عن الاضمية وكذا لو شهد المدعى بكر حنطة وقال أحدهما بجيدة وقال الاخر رديئة والدعوى بالافضل يقضى بالاقول وكذا لو ادعى مائة دينار فقال أحدهما انيسابور وقال الاخر بخاريه والمدعى يدعي انيسابور وهي أجود يقضى بالبخاريه بخلاف ينقل ويحتاج الى الفرق على قول أبي حنيفة وهو أنهم ما اتفقا على الكمية والجنس فصار كل واحد منهما شاهد بالف والاخر بالف وخمسائة فان قيل لم يقع جواب قواهما الشاهد بالالفين شاهد بالالف في ضمنهما فاجبة علم او تفرد أحدهما بالزيادة فلا يقبل أجيب بانه ما شهد بهما الا من حيث هي جزء الفين فانما ثبتت الف في ضمن ثبوت الفين لان المتضمن لا يثبت بدون المتضمن ولم يثبت الفين فلم يثبت الف فان قيل يشكل على قوله ما لو ادعى ألفين وشهدا بالف بالاتفاق مع عدم المطابقة بين الدعوى والشهادة وهي شرط على قول الكل وما لو شهد أحدهما أنه قال لها أنت خلية والاخر أنت بريئة لا يقضى ببينونة أصلا مع اقدمت ما معا البينونة وتقدم أن اختلاف اللفظ له وحده غير ضار كما لو شهد أحدهما بالاهمية والاخر بالعطية فتقبل أجيب عن الاول بان الاتفاق بين الدعوى والشهادة وان اشترط لكن ليس على وزان اتفاق بين الشاهدين الا ترى أنه لو ادعى الغصب أو القتل فشهدا باقراره به تقبل ولو شهد أحدهما بالغصب والاخر على اقراره به لا تقبل وخينئذ فقد حصلت الموافقة بين الدعوى والشهادة فانه لما كان يدعي ألفين كان مدعى الف وقد شهد به اثنتان صريحاً فتقبل بخلاف شهادتهما بالالف والألفين لم ينص شاهد الفين على الف الا من حيث هي ألفان ولم يثبت الفين في المبسوط والاسرار الذي يبطل مذهبهما ما لو شهدا هذان بعطية يعني قبل الدخول واخران بثلاث وفرق القاضي بينهما قبل الدخول ثم رجعا كان ضمان نصف المهر على شاهدي الثلاث لا على شاهدي الواحدة ولو اعتبر ما قال ان الواحدة

له وهو ألف درهم قبلت شهادتهما لان ذكر المقدار في المشار اليه مستغنى عنه (قوله بل هما جملتان متباينتان) أي كاهتان متباينتان وتسميته بجملة لان مدلول كل واحد منهما جملة مغايرة لجملة هي مدلول الاخر

طابق نفسك ثلاثا فطلعت واحدة كان ذلك منها جوابا فروع واحدة ولا ما ذال قال لها أنت طالق ألفا فانه يقع ثلاث لان الاكثر في ذلك ثابت فيضمن الاقل وليس فيما نحن فيه كذلك

(قال المصنف فصار كما اذا اختلف جنس المال الخ) أقول ولا يخالف الشهادة فيها الدعوى كالألف والجنس سمائة اسم لعدد من الألفين انه يعطف أحدهما على الاخر فكان كل بانفساره داخل تحت الدعوى فالشهادة القائمة عليها تكون قائمة على كل واحد منهما تصودا فاذا شهد أحدهما بالف فقد شهد باحد العددين الداخلين تحت الدعوى فحصلت الموافقة في عدد الألف تامل (قوله لاحقة لا يجازا) أقول مسلم لا يرى الى قوله فتابك من ذكرى حبيب

ومنزله (قوله ذكر في المبسوط الى قوله وأجيب) أقول ذكر قاضيان في فتاواه ان كان المدعى به دين فاشهدوا باقراره قال

ادعى المدعى نحو ما اذا ادعى ألفا وخمسائة فشهدوا بخمسائة من غير دعوى التوفيق وكذا لو ادعى ألفا وشهدوا بخمسائة يقضى بخمسائة ولو ادعى ألفا وشهد أحدهما بالف والاخر بخمسائة لا يقضى بشيء في قول أبي حنيفة لان عند اتفاق الشاهدين على المشهود به شرط ولم يوجد بخلاف ما تقدم لان ثمة اتفاق الشاهدين على خمسائة والموافقة بين الدعوى والشهادة لفظا ليس بشرط عنده فتقبل شهادتهما على الخمسائة بغير توفيق اه (قوله وجوب الموافقة الخ) أقول الواو للعالية (قوله ولقائل أن يقول قد تقدم الخ) أقول قبيل باب الحبس في كتاب القاضي (قوله انه لا يجوز با: اتفاق) أقول أي التلقين اذ السكام فيه وليس فيه نفي قبول الشهادة حتى يثبت التناقض وجوابه ظاهر فانه اذا كانت الشهادة مقبولة في هذه الصورة لم يكن موضع التهمة ولا يكرن التلقين غير جائز كما لا يخفى (قوله فوقعت واحدة) أقول وذلك ليكون الثلاث صارت في يدها مع ابعاضها كمن ملك عبدًا ثلاث رجلاه ويده فلها أن توقع كلها أو بعضها

قال (واذا شهد أحدهما بالف والآخري بالف وخسمائة والمدعى يدعي ألفاً وخسمائة قبلت الشهادة على
 (الالف) لا اتفاق الشاهدين عليها فظاومعني لان الف والخمسمائة جتان عطف أحدهما على الأخرى
 والعطف يقرر الأول ونظيره الطلقة والطلقة والنصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر
 توجد في الثلاث كان الضمان عليهم اجتمعوا ولا يلزم ما إذا قال لها طلق نفسك ثلاثاً فطلقت واحدة تقع الواحدة
 لان التفرع يفسد بطلانها الثلاث بالتفرع يفسد البها فيها والمالك يوجد من مملوكه ما شاء كطلوعها ألفاً
 يقع الثلاث المسكة العدد غير أنه لغاها فوق الثلاث شرعاً وأما عن الثاني فبمع الترادف لان معنى عليه ليس معنى
 برية لغوة والوقوع ليس الا باعتباره معنى اللغوة وإذا قلنا ان السكتيات حواء لم يحققها ففهما لفظان متباينان
 لمعنيين متباينين غير أن المعنيين المذكورين المتباينين يلزمهما لازم واحد هو وقوع البيئونة والمتباينات قد
 تشترك في لازم واحد فاختلافهما ثابت في اللفظ والمعنى فلما اختلف المعنى منهما كان دليل اختلاف تحملهما
 فان هذا يقول ما وقعت البيئونة الا بوصفها بخليصة والآخري يقول لم تقع الا بوصفها ببرية والالف لم تقع البيئونة
 هذا كله اذ لم يدع المدعى عقداً ما ان ادعى المال في ضمن دعوى العقد من البيع والاجارة فالجواب ما سألناه
 في آخر الباب واعلم ان من المسائل المذكورة في أوقاف الخصاص ما يخالف أصل أبي حنيفة ذكره لولم يذكر
 خلافاً بل أشار الى ان الاتفاقية فانه ذكر فيما اذا شهد أحدهما أنه جعلها صدقة موقوفة أو على أن لا يذ ثلث
 غاتها وشهد الآخري أن لا يذ ثلثها قال أبو ليلى يذ ثلثها الذي أجعلها لبي وبقي للمساكين وكذا اذا سعى
 أحدهما مالاً لا يذ من هذه الصدقة والآخري أقل منه أحكم يذ بما أجمع عليه وكذا اذا شهد أحدهما أنه قال
 يعطى لزيد من غلة هذا الوقف في كل سنة ما يسعه ويسع عبالة بالعرف وقال الآخري يعطى ألفاً قال أقدر
 نفقته وعياله في العام فان كانت أكثر من الف حكمته به بالالف والألف أكثر أعطيته نفقته والباقى
 للمساكين هذا بعد أن أدخل الكسوة في النفقة ثم أو رد على نفسه فقال قلت فلم أخز هذه الشهادة
 وقد اختلفا في لفظهما قال المعنى فيه أنه انما أراد الواقع الى أن لا يذ بعض هذه الغلة فاجعل له الاقل انتهى
 فإراد هذا السؤال هو الذي ذكرت أنه أشار الى أن الاتفاقية فان اراده ليس الا باعتبار قول أبي حنيفة وقوله
 وقد اختلف لفظهما صريح في نفسه ثم قال هذا استحسان والقياس أن الشهادة باطلة انتهى وحاصله أنا علمنا
 استحقة بعض هذا المال وترددنا بين أقل وأكثر فيثبت المتيقن ولا يتخلو عن نظر * (فروع) * ادعى بالمبيع
 عياف شهد أحدهما أنه اشتراه وبه هذا العيب وشهد الآخري على اقرار البائع به لا تقبل كالأدعى عينا أنه له
 فشهد أحدهما أنه ملكه والآخري على اقرار ذي اليد أنه ملكه لا تقبل ومثله دعوى الرهن فشده به بعيانه
 القبض والآخري على اقرار الرهن بقبضه لا تقبل قال طهري الدين الرهن في هذا كالغصب وكذا الوديعه لو ادعاهما
 فشهدا باقرار المودع قبلت ولو شهد أحدهما بالمال والآخري بالقرار بهما لا تقبل على قياس الغصب وعلى قياس
 القرض تقبل بخلاف ما ادعى أنه باع ببيع الوفاء فشهد أحدهما أنه باع بشرط الوفاء والآخري أن المشتري أقر
 بذلك تقبل للموافقة لان البيع في الاخبار والانشاء واحد ومثله ادعت صدقاتها فقال وهبتي اياه فشهد
 أحدهما على الهبة والآخري على الراء تقبل للموافقة لان حكمهما واحد وهو السقوط وقيل لا لاختلاف
 لان الراء اسقاط والهبة تمليك والاول أوجه لانه وان كان اسقاطاً يتضمن التمليك ولهذا يرتد بالرد ولو شهد
 على اقرار المدعى عليه أن المرعى به في يده والآخري أنه في يده لا تقبل وفي المحيط ادعى داراً فشهد أنهم اداره
 والآخري على اقرار ذي اليد أنه لا تقبل بخلاف ما لو شهد أحدهما على الدين والآخري على اقرار به تقبل
 بخلاف ما لو شهد أنهم اجار يته والآخري على اقراره بها لا تقبل وبخلاف ما اذا شهد أنهم اجار يته والآخري أنها
 كانت له تقبل بخلاف ما اذا شهد الآخري أنها كانت في يده واذا راجعت القاعدة التي نذكرها من الفرق بين
 اختلاف الشاهدين في القول والفعل خرجت كثيراً من الفروع والله سبحانه العليم (قوله) وان شهد أحدهما
 بالف والآخري بالف وخسمائة قبلت الشهادة على ألف) بالاتفاق عندهما ظاهر وعنده لا تخالف اتفاقاً على
 الف لفظا ومعنى وان اقر أحدهما بالشهادة ببجمله أخرى منصوص على خصوص كونه لا يقدح في الشهادة

لان الاكثر يشهد به و-
 ولا يثبت به شيء فا
 (واذا شهد أحدهما بالالف
 والآخري بالف وخسمائة
 الخ) ولما تقدم أن اتفاق
 الشاهدين في الف
 والمعنى شرط القبول (ا)
 شهد أحدهما بالف والآخري
 بالف وخسمائة والمدعى
 يدعى الاكثر قبلت الشهادة
 على الف لاتفاق الشاهدين
 عليها فظاومعني لان الآلة
 والخمسمائة جلتان عطف
 أحدهما على الأخرى
 والعطف يقرر العطف
 عليه) ونظيره اذا سعى
 أحدهما بالطلقة والآخري
 بالطلقة ونصف أو بجماعة
 وبجماعة وخمسين بخلاف
 ما اذا شهد أحدهما بعشر
 والآخري بخمسة عشر لا
 ليس بينهما حرف عطف
 فصارا متباينين كالآلة
 والآخري هذا اذا كان
 المدعى يدعى الاكثر أو
 اذا ادعى الاقل

(قوله لان الاكثر في ذلك
 ثابت) أقول ان أرادنا
 لفظاً في محل النزاع كذلك
 أو حكم ففقه بحث اذ ليس
 في الشرع ألف طلاذ

وقال (لم يكن لي الا الالف فشهادة من شهد بالاكثر باطلة) لتكذيبه المدعى في المشهود به فلم يبق له الا شاهد واحد وبه لا يثبت شيء فان قيل لم يكذب الالف البعض فيا بال القاضي لا يقضي عليه بالباقي كما يقضي بالباقي في الاقرار اذا كذب المقر في بعض ما أقربه أجيب بان تكذيب الشاهد تنسيق له ولا شهادة لالفاسق بخلاف الاقرار لان عدالة المقر ليست بشرط تنسيقه لا يثبت الاقرار (قوله وكذا اذا سكنت) يعني اذا ادعى الاقل وسكت عن قوله لم يكن الا الالف والمسئلة بحالها لا يقضى له بشيء (لان التكذيب ثابت ظاهرا) فلا تقبل الشهادة بدون التوفيق لان التصريح بذكر التوفيق فيما يحتمل له لا بد منه في الاصح وعلى هذا الوفاق كان أصل حقي ألفا وخمسة ولكن استوفيت خمسمائة وأبرأته منها قبلت للتوفيق وعلم مما ذكر أن أحوال من يدعى أقل المالمين اذا اختلفت الشهادة لا تخلو عن ثلاثة إما أن يكذب الشاهد بالزيادة أو يسكت عن التصديق (٥٠٦) والتوفيق أو يوفق وجواب الاولين بطلان الشهادة والقضاء دون الآخر قال (واذا شهد

بالف وقال أحدهما قضاة منها خمسة) اذا ادعى ألفا وشهدا بالف وقال أحدهما قضاة منها خمسة (قبلت شهادتهما بالالف لا تقاها عليهما ولم يسمع قوله انه قضاة لانه شهادة فرد الا أن يشهد معه آخر فان قيل شهادة من شهد بالقضاء متناقضة لانه اذا قضاة خمسة لا يكون للمدعى على المدعى عليه ألف قبل خمسمائة لا غير أجيب بان قضاء الدين ألفا هو بطريق المقاصد وذلك بقض العين مكان الدين الذي هو غيره فكان قوله قضاة منها خمسة شهادة على المدعى ببعض ما هو غير ما شهد به أولا وهو الدين فلم يعد متناقضا (وعن أبي يوسف أنه يقضي بخمسمائة لان شاهد القضاء مضمون شهادته أن الدين ليس الا خمسة ما قلنا) يعني قوله لا تقاها عليهما يعني بعد ثبوت (قوله فلا بد من التوفيق) هذا جواب الاستحسان والقياس أن تقبل لامكان التوفيق (قوله وجوابه ما قلنا) وهو قوله لا تقاها عليهما (قوله قلنا هذا كذاب في غير المشهود به الاول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول) بيانه ان الشاهد ان اذا شهد الانسان بماله ثم شهد عليه بماله لانسان آخر فكذبهم المشهود عليه الذي هو المشهود له أولا يقضى له بما شهد به وان كان هو يغسقهما فيما شهدا عليه لان هذا تنسيق عن اضطرار والموجب لرد هو التنسيق عن اختيار وكذلك لو شهد الشاهدان لرجل على رجل بالف درهم ومائة دينار فكذبهما المشهود له في المائة دينار تقبل شهادتهما على ألف درهم ثم ههنا كذبه فيما شهدا عليه وهو القضاء فلا يقدح في شهادته ولو شهد شاهدان أنه قتل زيدا يوم الخميس وكذا شهد آخران انه قتله يوم الخميس بالكوفة واجتبعوا عند الحاكم يقبل الشهادتين وان اختلف الشاهدان في الزمان والمكان في البيع والشراء والطلاق والعنق والوكالة والوصية والرهن والدين والقرض والبراءة بخمسمائة لان القبض

بطريق التملك لما وجب الضمان بطلت مطالبته بدين غيره عن خمسمائة فلم يكن الدين الا خمسمائة فصار كما اذا شهد أحدهما بالف والاخر بخمسمائة وفي ذلك يقضى بالاقل كما قلنا في الالف والالفين الآن محمدنا خلفه هنا لان ذلك فيما تكون الشهادة بالاقل وقعت ابتداء وهذا ليس كذلك اه (وجوابه ما قلنا) انهما اتفقا على وجوب الالف وانفرد أحدهما بالقضاء والقضاء يتلو وجوب الاحالة وعرض بان المدعى كذب من شهد بقضائه خمسمائة وتكذيبه تنسيق له وكيف يقضى بشهادته وجوابه سيبا

(قوله مكان الدين الذي هو غيره) أقول الضمير المرفوع للدين والمحرور للعين ويجوز العكس (قوله وجوابه ما قلنا انهما اتفقا على وجوب الالف) أقول لمن أريد أنهما اتفقا على وجوب الالف الآن فسلم وأن أريد على وجوبه سابقا للاستصحاب لا يكون حجة للاستحقاق قلنا الظاهر الاول فان قضاء الدين اذا كان بطريق المقاصد يثبت الوجوب الآن كما لا يخفى والمراد من كون القضاء تلوا الوجوب ترتبه عليه ترتيبا تابا لا زمانيا فليست

قال (و ينبغي للشاهد) اذا علم بذلك (أن لا يشهد بالف حتى يقر المدعى أنه قبض خسمائة) كي لا يصير
معينا على الظلم (وفي الجامع الصغير جلان شهيد على رجل يقرض ألف درهم فشهد أحدهما أنه قد
قضاها فالشهادة جائزة على القرض) لاتفاقهما عليه وتقردهما بالقضاء على ما بينا و ذكر الطحاوي
عن أصحابنا أنه لا تقبل وهو قول زفر رحمه الله لأن المدعى أكذب شاهد القضاء قلنا هذا كذاب في غير

(قوله و ينبغي للشاهد)
يعني أن الشاهد بقضاء
خسمائة اذا علم بذلك ينبغي
أن لا يشهد بالف حتى يقر
المدعى أنه قبض خسمائة
كي لا يصير معينا على الظلم
بعله بدعواه بغير حق (وفي
الجامع الصغير وجلان
شهيد على رجل يقرض ألف
درهم فشهد أحدهما أنه
قد قضاها فالشهادة جائزة
على القرض لاتفاقهما
عليه وتقردهما بالقضاء
والفرق بين مسألة الجامع
الصغير وبين ما ذكر
قبلها في مسألة الجامع
شهيد أحد الشاهدين بقضاء
الدين كله وفيما قبلها شهد
ببعضه (و ذكر الطحاوي
عن أصحابنا أنه لا يقبل وهو
قول زفر لأن المدعى أكذب
شاهد القضاء) وهو تنسيق
له (قلنا هذا كذاب في غير
قال المصنف و ذكر الطحاوي
عن أصحابنا أنه الخ) أقول
والاشهر أن يكون هذا
قول أبي يوسف

الألف باتفاقهما شهيد واحد بسقوط خسمائة فلا تقبل بخلاف ما لو شهدا بألف وقال أحدهما إنه قضاها
أيها بعد قرضه فإنه يقضي بالكل على قول الكل وعن أبي يوسف لا تقبل شهادة شاهد القضاء و ذكر
قول زفر كقول أبي يوسف في هذه الرواية فإنه أكذب من المدعى فهو كالجوف سقم وجه الظاهر ما قدمناه من
أنهما اتفقا وتقردهما إلى آخره ولا يلزم من الأكاذب التفسير لجواز كونه تغليطاً له (قال القدوري
(و ينبغي للشاهد اذا علم بذلك) أي بقضاء الخسمائة أن لا يشهد حتى يعترف المدعى بقضها) لأنه لو شهد فاما
بالألف ثم يقول قضاها منها خسمائة وعلمت أنه يقضي فيها بالف فيضيع حق المدعى عليه واما بخمسمائة
يثبت اختلافهما اذا شهد أحدهما بالف والاخر بخمسمائة وفيه لا تقبل الشهادة أصلاً على قول أبي حنيفة
فيضيع حق المدعى فالوجه أن لا يشهد الذي عرف القضاء حتى يعترف المدعى بالقدر الذي سقط عن المدعى
عليه والمراد هنا من لفظ لا ينبغي لا يحل نص عليه في جامع أبي الليث ومن هذا النوع رجل أقر عند قوم أن
لغلان عليه كذا فبعد مدة جاور جلان أو أكثر القوم فقالوا الاتشهدوا على فلان بذلك الدين فإنه قضاها كله
فالشهود بالخيار إن شاءوا امتنعوا عن الشهادة وإن شاءوا أخبروا والحاكم بشهادة الذين أخبروا بهم بالقضاء فإن
كان المخبرون عدولا لا يقضي القاضي بالمسألة هذا قول الفقيه أبي جعفر وأبي نصر محمد بن سلام ولو شهد
عندهم واحد لا يسمعهم أن يدعوا الشهادة وكذا اذا حضر وأبصر رجل أو نكاحه أو قتله فلما أراد أداء
الشهادة شهد عندهم بطلاق الزوج ثلاثاً أو قبيل عايناً امرأته أرضعتهما أو أعتق العبد قبل أن يبيعه
أو عفا عنه الولي أن كان واحداً شهدوا أو اثنين لا يسمعهم أن يشهدوا وكذا لو رأى عينا في يد رجل يتصرف
فيها تصرف المالك فأراد أن يشهد بالملك فأكبره عدلان أن المالك للثاني لا يسمعه أن يشهد بالملك للآخر ولو
أخبراه أنه باعه من ذي اليد له أن يشهد بما علم ولا يلتفت إلى قولهما هذا وانما نص على مسألة الجامع
بعد مسألة القدوري لأنه قد يتوهم أن تغريها على أعلى رواية أبي يوسف التي نقلها يقتضي أنه لو شهد
أحدهما بالف فقال أحدهما قضاها أيها أن لا يقضي بشيء على رواية أبي يوسف فذكرها للاعلام
بالفرق وقيل لأنه قد كان لائق أن يقول في مسألة الجامع لا تقبل شهادة شاهد القضاء على وجوب المال
متقدماً لأن في المسألة الأولى للشاهد أن يقول أنا لم أسمع شاهد القضاء على وجوب المال
قضاء خسمائة وليكني أشهد كما أشهدت عليه وهو ألف فاذا ظهرت شهادته مع الآخر ساقضي له بالألف
أما في مسألة الجامع فالشاهد يذكر أن الشاهد سقطت عنه وليس على أدائها فشهادتي باطلة فلا يقضي
بالألف فرواية الجامع الصغير أزال هذه الشبهة وأثبت جواز الشهادة واستروح في النهاية فقال
الفرق بين مسألة الجامع والمسألة التي قبلها أن في مسألة الجامع أحد الشاهدين شهد بقضاء المدعي كل

والكفالة والخوالة والقذف تقبل وإذا اختلفا في الجنابة والنصب والقتل والنكاح لا تقبل والأصل
أن كان المشهود به قولاً كالبيع ونحوه فاختلاف الشاهدين في الزمان والمكان لا يمنع قبول الشهادة لأن
القول مما يبعد ويكرر وإن كان المشهود به فعلاً كالنصب ونحوه أو قولاً لكن الفعل شرط صحته
كالنكاح فإنه قول وحضور الشاهدين فعل وهو شرط فاختلافهما في المكان أو الزمان يمنع القبول فإن
الفعل في زمان أو مكان غير الفعل في زمان أو مكان آخر فاختلاف المشهود به ثم قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله
إذا اختلف شاهدان في زمانه أو مكانه لا تقبل شهادتهما وإن كان قولاً لأن كل واحد منهما كان
إنشاء فلهما غيران وليس هلى كل قذف شاهدان وإن كان أحدهما أنشأ والاخر أخبرا فلهما لا يثبتان لأن
الإنشاء أن تقول زنت أو أنت زان والأخبار أن يقول قذفتك بالزنا أو حنيفة ترجمته أنه يقول يحتمل أنه سمع

المشهد به الاول وهو القرض) (٥٠٨) لانه كذبه فيما عليه وهو القضاء وهو غير الاول لاحتماله ومثله ليس بمائع كالمشهد

المشهد وبه الاول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول قال (واذا شهد شاهدان أنه قتل زيد يوم النحر بمكة وشهد آخران أنه قتل يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين) لان احدهما كاذب بيقين وليست احدهما باولى من الاخرى (فان سبقت احدهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل) لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بهما فلا تنقض بالثانية (واذا شهد اعل

الدين وفي التي قبلها شهد بقضاء بعض الدين) قوله واذا شهد شاهدان أنه قتل زيد يوم النحر بمكة وآخرون أنه قتل يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقض) بواحدة منهما فلا ولم يجتمعوا بل شهدا أنه قتل بمكة فقضى بهما ثم شهدا آخران أنه بالكوفة فانه يقتل المشهد عليه أما الاول فلكذب احدهما بيقين ولاولى به فلا قبول وأما الثاني فلا لاولية باتصال القضاء الصحيح به فانه حين قضى بالاولى لا معارض لها الا ذلك فنفذ شرعا فلا يتغير الحكم الشرعي الذي ثبت شرعا بحدوث معارض كمن له ثوبان في أحدهما نجاسة شئت في ثيابه فحرقى وصلى في أحدهما ثم وقع طنسه على طهارة الآخر لا يصلي فيه ولا تبطل صلته لانه في الاول لانه ثبت بنحر به الاول حكم شرعي هو الصحة بعد الوجب فيه فلا يؤثر النحر الثاني في رفعه وكذا الاختلاف في الآلة قال أحدهما قتل بسيف وقال الآخر بيده لا تقبل وكذا ان شهد بالقتل والآخر بالقرار به لا تقبل لاختلاف المشهد به لان القول غير لفعل الذي هو نفس القتل ولم يتم على أحدهما انصاب وكذا الضرب الواقع أمس وبذلك الآلة ليس عين الضرب الواقع اليوم وبالاخرى حقيقة ولا حكم لانه لا يمكن جعل الفعل الثاني اخبارا عن الاول ليتمد الفعل نفسه وكل ما هو من باب الفعل كالشج والحنانية مطالعة والغضب أو من باب القول المشروط في صحته الفعل كالتسكع المشروط فيسه احضار الشهود واختلافهم في الزمان أو المكان أو الانشاء والاثار يمنع القبول لما ذكرنا اذا المراد بالانشاء والاقراء ذكر ان انشاء الفعل والاقراء به مثاله ما لو ادعى الغصب فشهد أحدهما به والآخر بالقرار به لا تقبل ولو شهدا جميعا بالاقراء به قبلت بخلاف اختلافهما في الزمان والمكان فيما شؤ من باب القول كالبيع والشراء والطلاق والعناق والوكالة والوصية والرهن والاقراء والقرض والبراءة والكفالة والحوالة والقذف لا يمنع القبول فان القول بما يكرر بصيغة واحدة انشاء واخبارا وهو في القرض يحمله على قول المقرض أقرضتكم وكذا يقبل في الرهن والهبة والصدقة والشراء وان كانا يشهدان بمعاينة القبض لان القبض يكون غير مرة وفي المحيط ادعى عينا في يد رجل أنهما ملكه وأن صاحب اليد قبضها بغير حق منذ شهر وشهدوا له بالقبض مطلقا لا تقبل لان شهادتهم على القبض بالاتار يخرج محمول على الحال والمدعى يدعى الفعل في الماضي والفعل في الماضي غير في الحال كولو ادعى القتل من شهر فشهدوا به في الحال وكذا لو ادعى القتل مطلقا وشهدوا به من شهر لانه ادعى الفعل في الحال وهم شهدوا به في الماضي فلا تقبل الا اذا وفق وقال أردت من المطلق الفعل من ذلك الوقت وقيل تقبل في هذان غير توفيق لان المطلق أكثر وأقوى من المؤرخ وقد شهدوا باقل مما ادعى به فتقبل انتهى فقد ظهر أن من المنفعل القبض * ومن الفروع على الاصل المذكور ادعى الشراء أول من أمس فشهدوا به أمس تقبل لانه قول ولو ادعى التسكع أول من أمس فشهدوا به أمس لا تقبل لانه يتضمن الفعل كما ذكرنا من قريب هذا كما مذهبنا وقال الشافعي وأحمد في ظاهر رواية اختلافهما في الزمان والمكان يمنع في السكك الا اذا شهدا به مطلقا يوم الخميس وقال الآخر أقرب بها لاني يوم الجمعة واذا شهدا على اقرار الراهن والواهب والمتصدق بالقبض جازت ولو ادعى البيع وشهدا على اقرار البائع به واختلغا في الزمان أو المكان قبلت وكذا لو شهدا أحدهما بالبيع والشراء والآخر على اقرار به تقبل لان لفظهما سواء في الاقرار والانشاء فلم يثبت اختلاف المشهد به ذكره في الفصول وفيه عن الفتاوى الصغرى لو سكت شاهد البيع عن بيان الوقت فسا لها القاضي فقال لا نعلم ذلك تقبل لانهم لم يكفأ حفظ ذلك (قوله واذا شهدا الخ) صورهما ادعى على رجل أنه سرق له بقره ولم يذكر أحدهما لانشاء والآخر الاقرار أو كلاهما الاقرار وثبت عندهما فقد فقهما شهدا به (قوله واذا شهدا على

عليه لشخص آخر قبل أن يشهد له فأكذبهم وحاصله أن كذاب المدعى لشهوده تنسيق له لكونه اختياريا وأما كذاب المدعى عليه فليس بتنسيق لانه اضرورة الدفع عن نفسه قال (واذا شهد شاهدان أنه قتل زيد يوم النحر بمكة الخ) قد ذكرنا أن اختلاف الشاهدين في المكان يمنع القبول فاذا شهد شاهدان أنه قتل زيد يوم النحر بمكة وآخرون أنه قتل يوم النحر بالكوفة قبل أن يقضى القاضي بالاولى لم يقبلهما لان احدهما كاذب بيقين اذا عرض الواحد ادعى القتل لا يمكن أن يكون في مكانين وليست احدهما باولى من الاخرى (فان سبقت احدهما وقضى بهما ثم حضرت الاخرى لم تقبل لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بهما فلا تنقض بما ليست مثلهما) قال (واذا شهدا على

(قال المصنف ومثله لا يمنع القبول) أقول والمفهوم من كلام قاضيان انه انما لم يمنع اذا لم يقل الطالب شهد بالقضاء بباطل أو زور (قوله وحاصله الى قوله تنسيق له) أقول الظاهر أن يقال تنسيق لهم (قوله فليس بتنسيق) أقول أي حكما رقبه قد ذكرنا ان اختلاف الخ

رجل أنه سرق بقرة) وقد ذكرنا أن الاختلاف في لونهما في الكيف يمنع القبول فإذا شهد على رجل بسرقة بقرة (واختلفا في لونها قطع) سواء كان اللونان يتشابهان كالجررة والسودا ولا كالسودا والبياض عند أبي حنيفة رحمه الله وهو الأصح وقيل إن كانا يتشابهان قبلات والافلاوان اختلغا في الذكورة والانوثة لم يقطع وقال لا يقطع في الوجهين جميعا لأن سرقة السوداء غير سرقة البيضاء فلم يتم على كل واحد منهما انصاب الشهادة ولا قطع بدونه فصار كل واحد منهما باغصب والمسئلة بحالهما فلم تقبل بالافتراق بل هذا أولى لأن أمر الحد أهم لكونه مما يندري بالشبهات وفيه اتلاف نصف الأدعي فصار كالدكورة والانوثة في المغايرة (ولابي حنيفة رحمه الله أن) (٥٠٩) التوفيق يمكن لأن التحمل في الليالي

من بعيد) لكون السرقة فيها غالبا (واللونان يتشابهان) كالجررة والصغرة (أو يجتمعان) بأن تكون بلقاء أحد جانبيها أسود ويصير أحدهما والآخر أبيض يشاهده الآخر وإذا كان التوفيق يمكننا وجب القبول كما إذا اختلفا في الزنا في بيت واحد وفيه بحث من وجهين أحدهما أن طلب التوفيق ههنا احتيال لاثبات الحد وهو القطع والحد يحتمل لدركه لا لاثباته والثاني أن التوفيق وإن كان ممكنا ليس بمعبر مالم يصرح به فيما ثبت بالشبهات فكيف يعتبر مكانه فيما يدبرها والجواب عن الأول أن ذلك إنما كان احتيالا لاثباته أن لو كان في اختلاف ما كفاية له وهو من صلب الشهادة كبيان قيمة رجل الخ) أقول هذا لا يتفرع على ما فرع عليه فإنه إذا امتنع القبول يجب أن لا يقطع الآن يقال ضمير اختلافهما راجع

رجل أنه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع وان قال أحدهما بقرة وقال الآخر ثور لم يقطع وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله (وقال لا يقطع في الوجهين) جميعا وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسودا والجررة لا في السودا والبياض وقيل هو في جميع الألوان إجماعا لأن السرقة في السوداء غير في البيضاء فلم يتم على كل فعل انصاب الشهادة وصار كالغصب بل أولى لأن أمر الحد أهم وصار كالدكورة والانوثة وله أن التوفيق يمكن لأن التحمل في الليالي من بعيد واللونان يتشابهان أو يجتمعان في واحدة فيكون السوداء من جانب وهذا يصير لهالونا وأقام بينة فشهد أحدهما بسرقة جراء والآخر سوداء قال أبو حنيفة رحمه الله تقبل ويقطع وقالوا هم والأئمة الثلاثة لا يقطع ولو أن المروق من منعه عين لونا كجرار فقال أحدهما سوداء لم يقطع إجماعا لأنه كذب أحد شاهديه ولا فرق فيما إذا لم يعين لونا بين كون اللونين الذين اختلفا فيهما من مقاربتين كالسودا والجررة أو متباعدتين كالبياض والسودا في ثبوت الخلاف وقيل في المتباعدتين الاتفاق على عدم القبول والأصح الأول ولم يذكر المصنف تصحيحه وذكره في المبسوط والظاهر يتوعد على الخلاف المذكور ولو ادعى سرقة ثوب مطا فقال أحدهما هري والآخر مروى ولو اختلفا في الزمان والمكان لم تقبل إجماعا لما ذكرنا من الفرق بين السرقة والغصب بقليل نأمل إجماعا أنهما اختلفا في المشهود به فلم يوجد على كل منهما انصاب شهادة فكان كل واحد اختلفا في ذكوره أو أنوثتها أو في قيمته لا تقبل كذا هذا وأيضا بطريق الدلالة في الغصب فإنما لو شهد على غصب بقرة فقال أحدهما سوداء وأجرأ والآخر بيضاء لم تقبل مع أنه لا يتضمن قبولها إثبات حد فلان لا تقبل فيما يوجب حد أولى لأن الحد أعسر أثباتا فإنه لا يثبت بشهادة النساء وأما ما زيد من أنه لا يثبت باقل من أربعة فليس بمسافيه الكلام أعني السرقة بل يخص الزنا ولا بي حنيفة أن يجرد رجل أنه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع) إلى قوله وقال لا يقطع وهذا الخلاف فيما إذا كان المدعي يدعي سرقة بقرة فقط وأما إذا ادعى سرقة بقرة بيضاء أو سوداء لا تقبل شهادتهما بالإجماع لأنه كذب أحد الشاهدين (قوله وصار كالغصب بل أولى) لأن أمر الحد أهم أي الحد أعسر في الإثبات من الغصب لأن الغصب يثبت بشهادة النساء مع الرجل وبالشهادة على الشهادة ولا كذلك الحد فلم يثبت الغصب بهذه الشهادة أولى أن لا يثبت الحد (قوله وله أن التوفيق يمكن) إلى قوله واللونان يتشابهان أو يجتمعان فإن قيل هذا احتيال وطلب توفيق لاثبات الحد وهو القطع والحد يحتمل لدركه لا لاثباته قلنا إن القطع لا يضاف إلى اثبات الوصف لأنهم لم يكافئاه فصار كما إذا اختلفا في ثياب السارق وهذا لانهم يكافئان بيان القيمة ليعلم أنه هل كان نصابا فاما اللون فلا وإذا لم يكن القطع مضافا إلى بيان الوصف صار هذا بمنزلة الحقوق التي تثبت مع الشبهات فيصح الاختبار به للاثبات إحياء للحقوق بقدر الإمكان والتوفيق يمكن وبهذا تبين أن الاختلاف فيما ليس من صلب الشهادة إذا كان على وجه يمكن التوفيق لا يمنع قبول الشهادة فإن قيل لو كانت البقرة على هذين اللونين تسمى بلقاء سوداء ولا بيضاء قلنا نعم ولكن في حق من يعرف اللونين أماني حق من لا يعرف إلا أحدهما فهو عنده ذلك اللون (قوله وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشبهه) أي الوقوف على صفة

إلى الشاهد والمدعي لا إلى الشاهدين لكن لا يخفى عليك بعده (قوله فلم يتم على كل واحد) أقول الأولى حذف كلمة كل (قال المصنف لأن أمر الحد أهم) أقول له من المهمة أو من المهم بمعنى الحزن (قوله أحدهما أن طلب التوفيق ههنا احتيال الخ) أقول في الكافي الاشتغال بالتوفيق بين كلامي الشاهدين احتيال لا يجاب الحد والحد يحتمل لدركه قلنا الشهادة من حجج الشرع والأصل في حجج الشرع قبولها لا ردّها فاشتغل بالتوفيق صيانة للمصلحة عن التعطيل لا لإيجاب الحد ثم إذا وقفنا وقبلنا الشهادة يجب الحد ضرورة لا قصدا انتهى ولعل هذا الجواب وجه القاصد الذي ذكره الشافعي في حقه اب اللفظ الثاني ثم ان الشارح قد أحاط عن السعة إلى الكافي أيضا باب الشهادة على الزمان

المسروق ليعلم هل كان نصاباً فقطع به أولاً وأما إذا كان في اختلاف مالم يكلفنا قوله كونه ثياب السارق وأمثاله فاعتبار التوفيق فيه ليس
احتمالاً لاثبات الحد لما كان ثبوته بدونه ألا ترى أنهم لو سكتا عن بيان كون المقر ما كلفهما القاضي بذلك فتبين أنه ليس من صلب الشهادة ولم
يكلفنا نقله إلى مجلس الحكم بخلاف (٥١٠) المذكورة والاثوثة فأنهما يكلفان النقل بذلك لأن القيمة تختلف باختلافهما فكان

والبياض من جانب آخر وهذا لا يخفى شاهد بخلاف الغصب لأن الحمل فيه بالنهار على قرب منه والذكر
والاثوثة لا يجتمعان في واحدة وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشبهه قال (ومن شهد لرجل أنه اشترى
عبد من فلان بالف وشهد آخر أنه اشترى بالف وخمس مائة فالشهادة باطلة) لأن المقصود اثبات السبب وهو
العقد ويختلف باختلاف الثمن فاختلاف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد

شهادتهما بسرقة بقرة وهو المدعى به بلا ذكر المدعى لونا خاصاً ثبت الحد ولم يقع فيه اختلاف بل وقع فيما
ليس من نفس المشهود به وهذا لا ينافي ما يكلفنا لم لو لم فأنهما لو لم فأنهما لا تسقط شهادتهما ويجب
الحد واختلافهما في أمر زائد لا يلزمهما مما ليس مدعى به لا يبطل الحد كولو اختلغا في ثياب السارق فقال
أحدهما سرقتها وعليه ثوب أحر وقال الآخر أبيض فأنه يقطع وكلاهما في مكان الزنا من البيت فقال
أحدهما في هذه الزاوية وقال الآخر في تلك فأنه يحدو على هذا فلا حاجة في قبولها إلى التوفيق كلفهما
العلامة السر خسي غير أن اتبعه بالتوفيق بما ذكر من أن السرقة تكون غالباً بالليل ونظر الشاهد إليه من
بعيد وذلك سبب اشتباه اللون إذا كانا متقاربين كالسواد والجرى وقد يجتمعان وإن كانا متباعدين في البلقاء
فيرى كل لونا غير الآخر فيحمل اختلافهما على أحد الأمرين فعلى الأول والثاني إذا اختلفا في المتقاربين
وعلى الثاني فقط في المتباعدين بخلاف العصب فأنه يقع نهراً فلا اشتباه فيه وبخلاف المذكورة والاثوثة
لأنهما يكلفان معرفة ذلك لتعلم القيمة فيعلم أن المسروق بلغ نصاباً أو لا وأن ذكره المذكورة دليل على أنه رآه
من قريب وتحقق بحيث لا يشبهه عليه الحال فلا يتم ذلك التوفيق فالاختلاف وإن كان في زيادة فقد شغب بها
على نفسه فظهر أن هذا التوفيق ليس احتياطاً لاثبات الحد كما يمكن التوفيق في اختلافهما في مكان الزمان
البيت بأنهما قد ينتقلان بحركة الوطء من مكان إلى مكان احتياطاً لاثباته ولأن وجه قولهما أدق وأحق
من قوله كما ظنه صاحب الأسرار وما قيل أن التوفيق لاثبات الحقوق واجب في فعل ثم يجب الحد حينئذ
ضرورة ثبوت السرقة حينئذ لم يصح منع وجوبه مطلقاً بل إذا لم يستلزم وجوب حد (قوله ومن شهد
لرجل الخ) صورته على ما في الجامع في الرجل يدعى على رجل أنه باعه هذا العبد بالف وخمس مائة فينكر البائع
البيع فيقيم عليه شاهد بالف وشاهد بالف وخمس مائة قال يعني بأحذيق ترجمه الله هذا باطل إلى آخر ما
هناك فقد نطن أن هذا يناقض ما تقدم من أن الشاهدين إذا اختلفا فشهد أحدهما بالف والآخر بالف
وخمس مائة والمدعى يدعى ألفاً وخمس مائة قضى بالف بالاتفاق بين الثلاثة وهنا لا تقبل في شيء
ولو كان المدعى يدعى ألفاً وخمس مائة فلا يد من بيانه وهو أن ذلك فيما إذا ادعى ديناً فقط والمقصود هنا
دعوى العتق ألا ترى إلى قوله في الجامع فينكر البائع البيع ولأنه لو كان المقصود الدين لم يتجوز إلى ذكر
السبب وإذا كان المدعى به البيع فالبائع يختلف باختلاف الثمن لأن الثمن من أركانه والمركب الذي بعض
أجزائه مقدار خاص غير مثله بمقدار أكثر منه ولم يتم على أحدهما نصاب شهادة فلا يثبت البيع أصلاً

المذكورة والاثوثة لا يكون إلا بعد القرب منها وعند ذلك لا يشبهه فلا حاجة إلى التوفيق (قوله لأن المقصود
اثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف الثمن) فإن قيل المقصود الحكم وهو الملك لا السبب لما أن الأسباب
لا تراعى لذاتها وانما هي وسيلة للمقصود فكيف يكون اثبات السبب مقصوداً قلنا الحكم مقصود في حق
الانتفاع حتى إذا ثبت الحكم لا يجب السؤال عن سببه أنه باي سبب ثبت هذا فإن الشهادة بالملك المطلق صحيح

اختلافاً في صلب الشهادة
وعن الثاني بأنه جواب
القياس لأن القياس
اعتباراً لمكان التوفيق أو
يقال التصريح بالتوفيق
يعتبر فيما كان في صلب
الشهادة وأما مكانه فيقال يمكن
فيه هذا والله أعلم بالصواب
(قوله بخلاف الغصب)
جواب عن مسألة الغصب
بأن الحمل فيه بالنهار إذا
العصب يكون فيه غالباً على
قرب منه وقوله (والذكرورة
والاثوثة) جواب عما
استشهد به من الاختلاف
بهما فأنهما لا يجتمعان في
واحد وكذا الوقوف على
ذلك بالقرب منه فلا يشبهه
ليحتاج إلى التوفيق قال
(ومن شهد لرجل أنه اشترى
عبد فلان بالف الخ) رجل
ادعى على آخر أنه باعه هذا
العبد بالف أو بالف
وخمس مائة وأنكر البائع
ذلك فشهد شاهد بالف
وآخر بالف وخمس مائة
فالشهادة باطلة لأن المشهود
به مختلف إذا المقصود من
دعوى البيع قبل التسليم
اثباته وهو يختلف باختلاف
الثمن إذا اشترى بالف غيره
بالف وخمس مائة واختلاف
المشهد به يمنع قبول
الشهادة فإن قيل لأن المقصود اثبات العقد بل المقصود هو الحكم وهو الملك والسبب وسيلة إليه

ولأن

المقصود إثبات العقد بل المقصود هو الحكم وهو الملك والسبب وسيلة إليه

بكتاب الحدود فراجع (قوله والثاني أن التوفيق وإن كان الخ) أقول كما سلف في الدرس السابق (قوله وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه)
أقول إذا كانت الشهادة بالذكرورة والاثوثة واجبة والوقوف على ذلك بالقرب منه كيف يستقيم قوله فيما سبق لأن الحمل في الليالي من بعيد
قال المصنف على كل واحد منهما أقول لقناة كما سماه الساحة

داء وذلك مشعر بان مقصود المولى هو العتق والاداء هو السبب وليس كذلك بل مقصوده البذل والسبب هو الكتابة وأما الثاني فلان المولى ادعى الكتابة والعبد منكر الشهادة لا تقبل اتمكنه من الغشخ والجواب عن الاول ان تقرير بديل العتق لا يثبت قبل الاداء والاداء لا يثبت ون الكتابة فكان المقصود هو الكتابة أو يقال معناه أن مقصود المولى هو العتق والعتق لا يقع قبل الاداء والاداء لا يثبت بدون الكتابة كانت هي المقصودة وعن الثاني بان قوله فالشهادة لا تقبل اتمكنه من الغشخ ليس بمخرج لجواز أن لا يختار الغشخ ويخاصم لادنى البدلين وكذا الخلع والاعتاق على مال والصالح عن دم العمد) أما أن المدعى اذا كان هو المرأة والعبد والقاتل فلا خفاء في كون العقد مقصودا والحاجة اسما الى اثبات العقد لثبوت الطلاق والعتاق والعفو بناء عليه وان كانت الدعوى من جانب الزوج بان قال خالعتك على ألف وخمسمائة المرأة تدعى الاف أو قال مولى العبد أعتقتك على ألف وخمسمائة والعبد يدعى الاف أو قال وللى القصاص صالحتك بالف وخمسمائة والقاتل يدعى الاف فهو بمنزلة دعوى الدين (٥١٢) فيما ذكرنا من الوجوه المذكورة من أنه تقبل على الاف اذا ادعى ألفا وخمسمائة

هو المولى لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب (وكذا الخلع والاعتاق على مال والصالح عن دم العمد اذا كان المدعى هو المرأة أو العبد والقاتل) لان المقصود اثبات العقد والحاجة ماسة اليه وان كانت الدعوى من جانب آخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لانه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقى الدعوى في الدين وفي الرهن ان كان المدعى هو الراهن لا يقبل لانه لا حظ والصالح عن دم العمد ان كان المدعى هو المرأة في الخلع والعبد في العتق والقاتل في الصلح عن دم العمد لان المقصود اثبات العقد لانه هو الذي يغيدهم الخلاص وهو مقصودهم (وان كان الدعوى من الجانب الآخر) وهو الزوج والمولى وولى القتل (فهو بمنزلة الدين فيما ذكرنا من الوجوه) وهو أنه اذا ادعى أكثر المالكين فشهد به شاهد واحد الآخر بالاقول فان كان الاكثر يعطى مثل ألف وخمسمائة قضى بالاقول اتفاقا وان كان بدونه كالف وألفين فكذلك عندهم وعند أبي حنيفة لا يقضى بشئ وهذا (لانه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فلم يبق الدعوى الا في الدين) والسادسة الرهن ان كان المدعى هو الراهن لا تقبل الشهادة بشئ أصلا لان قبولها بناء على صحة الدعوى ولم تصح (لانه) أى الراهن (لا حظ له في الرهن) أى لا يقدر على استرداده مادام الدين قائما فلا نائدة لهذه الدعوى فلم تصح (وان كان) المدعى هو المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين) وعلت حكمه فان قيل الرهن لا يثبت الا باليجاب وقبول فكان كسائر العقود فينبغى أن يكون اختلاف الشاهدين في قدر المال كاختلافهم فيه في البيع والشراء أجيب بان الرهن غير لازم في حق المرتهن فان له أن يرد متى شاء بخلاف الراهن ليس له ذلك فكان الاعتبار بالدعوى الدين في جانب المرتهن من اذ لهن لا يكون الا بالدين فتقبل بينته في ثبوت الدين ويثبت الرهن بالف ضمننا وتبعنا للدين ولا شك ان دعوى المرتهن ان كان مثلاً هكذا أطالبه بالف وخمسمائة ثبتي عليه على رهن له عندي فليس المقصود الا المال وذكر الرهن زيادة اذ لا يتوقف ثبوت دينه عليه بخلاف دين التمن في البيع وان كان هكذا أطالبه باعادة رهن كذا وكذا (قوله) فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه) أى خلافاً وفاقاً (قوله) لانه لا حظ في الرهن) فان الحق في الرهن للمرتهن دون الراهن بدليل ان للمرتهن أن يرد الرهن متى شاء والراهن ليس له ولاية استرداد الرهن متى شاء ولا معتبر به فاعتسقوط الدين عن الراهن بهلاك كدله انه موهوم عسى أن لا يثبت ومنفعة الحليس للمرتهن قائم متحقق فلا يفيد بينة الراهن على اثبات حق الغير

بالاتفاق واذا ادعى ألفين تقبل عندهم خلافاً لهما ن ادعى أقل المالكين يعتبر وجوه الثلاثة من التوفيق للكذب والسكوت عنهما (لانه يثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقى الدعوى في الدين وفي الرهن ان كان المدعى هو الراهن لا تقبل) عدم الدعوى لانه لما يمكن له أن يسترد الرهن قبل قضاء الدين كان دعواه غير مفيدة وكانت كأن تسكن وان كان هو المرتهن كان بمنزلة الدين يقضى بأقل المالكين اجاباً على قدر الرهن بالف غيره بالف جسمانية فيجب ان لا تقبل بينة وان كان المدعى هو المرتهن لانه كذب أحد شاهديه وأجيب بان الرهن لا يغير لازم في حق المرتهن

لاداء) أقول فيه بحث فان معنى كلامه ان العتق لا يثبت قبل اداء كل البذل بمجرّد عقد الكتابة أو باداء بعض البذل حتى يؤول دعوى المولى الى دعوى الدين ويكون مقصوده الدين لا السبب كما في دعوى الاعتاق على مال فلا شأن له ولا حاجة الى تقرير شئ (قوله) العتق لا يثبت الخ) أقول أى لا يحصل في يد المولى (قوله) ان مقصود المولى العتق) أقول أى العتق بعد أخذ المال (قوله) لجواز أن لا يختار الخ) قول لا يقال فيكون العبد مدعياً أيضاً لانه لا يقع الا انه لم يكن بدمن التفصيل وقد ذكرت المسئلة مطلقة (قوله) بادى البدلين) أقول وأنت خير به لا يخلو أما أن يقيم بينة على أدنى البدلين أو لا فان كان الاول فلا يفيد شاهدي المولى كلاً يخفى أو يوفق بينهما بأنه أسقط بعض البذل بعد عقد الاول بل نقول نقبل شاهدي المولى وتفصيله في التحالف في الشرع وان كان الثاني فلا يفيد أيضاً لانه لا يثبت على الاستخدام بدونه اذ لا يبرح جازعاً من يده وأيضاً هذه المحاصمة تنزل منزلة العدم لما أن عقد الكتابة ليس بلازم في حقه لانه من الغشخ متى شاء كما سيجي آتفاً بمنزلة الرهن وجوابه غير خفى على المتأمل

حيث كان له ولاية الردي متى شاء فكان في حكم العدم فكان الاعتبار لدعوى الدين لان الرهن لا يكون الا بدین فتنقبس البينة كافي سائر الديون ويثبت الرهن بالالف ضمننا وتبعاً للدين وفي الاجارة لا يخفى لوما ان تكون الدعوى في أول المدة أو بعدم ضيقان كان الاول لم تقبل الشهادة كافي البيع لان المقصود اثبات العقد وقد اختلف باختلاف البذل وان كان الثاني فاما ان يكون المدعى هو الآخر والمستاجر فان كان الآخر فهو دعوى الدين يقضى بأقل المسالين اذا ادعى الاكثر لان المدة اذا انقضت كانت المنازعة في وجوب الآخر وصار كمن ادعى على آخر لغا وخمس مائة وشهد أحدهما بالف والآخر بالف وخمس مائة جازت على الالف وان شهد أحدهما بالف والآخر بالفين لم تقبل عند أبي حنيفة كما تقدم خلافاً لهما وان كان المستاجر قال في النهاية كان ذلك اعترافاً منه بمال الاجارة فيجب عليه ما اعترف به ولا حاجة الى اتفاق الشاهدين واختلافهما وهذا لانه ان أقر بالاكتر لم يبق نزاع وان أقر بالاقل فلا تجر (٥١٣) لا يباخذ منه بينة سري ذلك وفي بعض الشروح فان كان الدعوى

من المستاجر فهذا دعوى العقد بالاجماع وهو في معنى الاول لان الدعوى اذا كانت في العقد بطلت الشهادة فيؤخذ المستاجر ما اعترفه قال (فاما النكاح فانه يجوز بالف استحساناً) اذا اختلف الشهود في النكاح فشهد أحدهما بالف والآخر بالف وخمس مائة قبلت بالف عند أبي حنيفة وهو استحسان وقال أبو يوسف ومحمد هذا باطل في النكاح أيضاً وذكر في الامالي قول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة لهما ان هذا اختلاف في السبب لان المقصود من الجانبين هو العقد والاختلاف في السبب يمنع قبول الشهادة كافي البيع ولاي حنيفة ان المال في النكاح تابع ولهذا يصح بالتسمية مهر وبذلك التصرف في النكاح

له في الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى وان كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين وفي الاجارة ان كان ذلك في اول المدة فهو نظير البيع وان كان بعدم مضي المدة والمدعى هو الآخر فهو دعوى الدين قال (فاما النكاح فانه يجوز بالف استحساناً) فاما هذا باطل في النكاح أيضاً وذكر في الامالي قول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة لهما ان هذا اختلاف في العقد لان المقصود من الجانبين السبب فاشبه البيع ولاي حنيفة رحمه الله ان المال في النكاح تابع والاصل فيه الحل والازدواج والمالك

كان رهنه عندي على كذا ثم غصبه أو سرقه مثلاً فلا شك أن هذا دعوى العقد فاختلاف الشاهدين في أنه رهنه بالف أو ألف وخمس مائة وان كان زيادة يوجب أن لا يقضى بشئ لان عقد الرهن يختلف به والسابعة الاجارة ان كان في أول المدة فهو كالبيع بان ادعى المستاجر أو الآخر أنه أجره هذه الدار سنة بالف وخمس مائة فشهد واحد كذلك وآخر بالف لا تثبت الاجارة كالبيع اذ قبل استيفاء المنفعة لا يستحق البذل فكان المقصود اثبات العقد وهو يختلف باختلاف البذل فلا تثبت الاجارة (وان كان بعدم ضيقان) استوفى المنفعة أولي يستوف بعد أن تسلم فان كان المدعى هو المؤجر فهو دعوى الاجارة فان شهد أحدهما بالف والآخر بالف وخمس مائة وهو يدعي الاكثر يقضى بالف اذ ليس المقصود بعدم مضي المدة الا الاجرة وان شهد الآخر بالفين والمدعى يدعيهما لا يقضى بشئ عنده وعندهما بالف وان كان المدعى هو المستاجر فهو دعوى العقد بالاجماع لانه معترف بمال الاجارة فيقضى عليه بما اعترف به فلا يعتبر اتفاق الشاهدين أو اختلافهما فيه ولا يثبت العقد للاختلاف والثامنة النكاح وقد علمت أن النكاح أجرى مجرى الفعل حتى لا يقبل الاختلاف حتى لو ادعى نكاحها فشهد أحدهما أنها تزوجت نفسها منه وشهد الآخر أنها لم تزج نفسها منه لا تقبل ولو ادعى هو عليها أنها تزوجت نفسها منه فشهد هذا بأنها تزوجت نفسها منه تقبل وانما تقبل اذا ادعى أنها تزوجت نفسها منه فشهد أن وكيلها فلان بن فلان تزوجها لان لفظ تزوجت نفسها يصدق به في العرف وقد أطلق محمد في الجامع عن أبي حنيفة رحمه الله فقال فاما النكاح فان أباح حنيفة كان يقول اذا جاء بشاهد يشهد على ألف وخمس مائة وشاهد يشهد على ألف جازت الشهادة بالالف وهي تدعى ألفاً وخمس مائة فاما بغيره وبمحمد فلا النكاح باطل أيضاً في المصنف رحمه الله على اطلاقه فلم يفصل بين كون

(قوله وان كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين) لان الرهن لا يكون الا بعد تقديم الدين فتنقبس البينة في حق ثبوت الدين كافي سائر الديون ويثبت الرهن بالالف ضمننا وتبعاً للدين (قوله وان كان بعد مضي المدة

(٦٥) - (فتح القدير والكفاية) - سادس) من لا يملك التصرف في المال كالم والآخر والاختلاف في التابع لا يوجب الاختلاف في الاصل فكان ثابتاً (قوله والاصل فيه الحل والازدواج) دليل آخر ونقطة بره الاصل في النكاح الحل والازدواج والمالك لان شرعيته لذلك ولزوم المهر لصون المحل الخطير عن الابتدال بالتسلط عليه بما لا يعرف في موضعه

(قوله لان الرهن لا يكون الا بدین الخ) أقول يخالف لما أسلفه في جواب النظر الثاني آنفاً تأمل في جوابه (قال المصنف وان كان بعدم مضي المدة والمدعى هو الآخر الخ) أقول في شرح الوقاية لصدر الشريعة في اول الاجارة ان الاجير هو موعطى الاجرة فيكون استعماله بمعنى المؤجر غير صحيح الا أن يكون كلاهما وتامرو يؤيد أنه استعمال الاجير بمعنى المؤجر في هذا المقام (قوله ان المال في النكاح تابع) أقول أي غير داخل في صلب العقد بخلاف البيع فان المال فيه داخل في صلب العقد (قوله والاصل فيه الحل) أقول أي حل كل من المتعاقدين أو من هو بمنزلة لهما للآخر وازدواج أحدهما بالآخر بخلاف البيع (قوله دليل آخر) أقول في محبة كونه دليلاً آخر مستقلاً بديون ملاحظة الاول نامل

المدعى فيه الزوج أو الزوجة وجعله الأصح نفي المساحكة من القول بالتفصيل بين كون المدعى الزوج فلا يصح باتفاقهم لانه دعوى العقد اذ الزوج لا بدعى عليها ما لا يكون له الزوجة فهو على الخلاف وقال في وجهه الأصح ما ذكرنا يعني ما ذكره من التعليل لاني حقيقته من أن المال تابع في النكاح وانما المقصود منه الحل والازدواج والمثل ولا اختلاف في هذا بل في التبعية واذا وقع في التبعية يفتى الصحة بالاقول لا بتفصيلها عليه وحينئذ يلزم بالضرورة القضاء بالنكاح بالف فان هذا الوجه يقتضى الصحة بالاقول بلا تفصيل وأيضا أخرى اطلاقه في دعوى الاقل والاكثر فصم الصحة سواء ادعى المدعى الاقل او الاكثر وهذا مخالف للرواية فان محمدا رحمه الله في الجامع قيده بدعوى الاكثر حيث قال جازت الشهادة بالف وهي تدعى الغاوخ سمائة والمفهوم يعتبر رواية وبقوله ذلك أيضا يفهم لزوم التفصيل في المدعى به بين كونه الاكثر فيصم عنده او الاقل فلا يخالف في البطان لتكذيب المدعى شاهد الاكثر كما عول عليه بحقه والمشايع فان قول محمد وهو تدعى الخ يفيد تقييد قول أبي حنيفة رحمه الله بالجواز بما اذا كانت هي المدعية للاكثر دونه فان الواو فيه الحال والاحوال شروط فثبت العقد باتفاقهما ودين ألف (فروع) شهد أنه اقراه غصب من فلان هذا العبد والاسخرانه اقراه اخذه منه يقضى به للمدعى ولو شهد احدهما انه اقراه اخذه منه والاخرانه اقراه به لم يقض للمشهد له بشئ ولو شهد انه اقراه غصبه منه والاخرانه اقراه بان المدعى اودعه اياه تقبل وزاد في المنتقى حين وضعها ثانية في الثوب لو قال المدعى اقراه بما قال لا كنه غصبه منى تقبل ويجعل ذواليد مقرا بملكية الثوب للمدعى فلا تقبل بينة المدعى عليه على الثوب بعده ثم قال فيما لو شهد احدهما على اقراره باخذه والاخر على اقراره بالايديع منه وقال المدعى انما اودعته منه لا تقبل لعدم اجتماعهما على اقراره بذلك ولا باخذلان شاهد الودعة لم يشهد بالاخذ فلزم المناقضة في الحكم والدليل واعلم انه ذكر فيما اذا شهد على اقراره بغصبه والاخر على اقراره باخذه منه يقضى به للمدعى ويجعل المدعى عليه على حجة لان اقراره بالاخذ ليس اقرارا بالملك فظهر الفرق فلا مناقضة اذ كان الاخذ لا يدل على الملك شهد انه اقراه اشتري هذا العين من المدعى والاخر على اقراره بايداعه المدعى اياه منه قضى للمدعى ولو كان الشاهد الثاني شهد به اقراه بان المدعى دفع اليه هذه العين قضى به للمدعى أيضا لكن لو برهن ذواليد على شرائه منه بعد القضاء تقبل ألا ترى ان رجلا لو قال دفع الى فلان هذا العين ثم برهن على انه اشتراه منه تقبل وفي الزبادات قال أحدهما أعتق كمال وقال الآخر نصفه لا تقبل ولو ادعى ألفين فشهد أحدهما بالف والاخر بالفين تقبل على ألف اجماعا دعوى الشراء فشهد بالهبة والقبض لا تقبل لان وفق فقال بخدي الشراء فاستوهبتا منه وأعاد البيعة على الهبة لان الاولى ما قامت على ما ادعى به من الهبة وانما ادعاها الآن فيقيم بينة دعواه ادعى أنه ورثها من أبيه فشهد أحدهما كذلك والاخر من أمه لا تقبل ادعى دارا فشهد له بعد عاه وقضى له ثم أقر المقضى له أن البناء للمدعى عليه لا يبطل الحكم بالارض للمدعى وان شهدا بالبناء والارض والباقي بحاله بطل الحكم لانه كذبهما فمما يضافه من البناء بخلاف الاول لان دخول البناء محتمل فاقرار المدعى بعدم دخوله بيان لاحد الاحتمالين شهدا بها ولدت منه والاخر انها حبلت منه او شهدا بها ولدت منه فلا ما والاخر جارية تقبل شهدا به اقراه المدعى سكن هذه الدار والاخر انها له لا تقبل ولو شهدا به اقراه بان هذه الدار له وشهد الاخرانه ساكنها قضى بها له شهد ان قيمة الثوب الهالك كذا والاخر على اقراره بها لا تقبل شهد على صريح الاذن والاخر انه رآه يبيع فلم ينه لا تقبل بخلافه اعلى الاذن في الطعام والاخر عليه في الثياب تقبل على الاذن وفي الاقضية ادعى عبد في يد رجل فشهدا على اقراره انه ملكه تقبل ولو على اقراره بالشراء منه وانكر المدعى البيع ياخذ المدعى لان الانرار بالشراء والاستيلاء اقرار بالملك وللبائع على رواية الجامع او بعدم ملك نفسه فيه على رواية الزبادات فقد اقرانه لملك له فيه ولا احد متعرض للمدعى في اخذه وكذا لو شهد احدهما على اقراره بالشراء منه والاخر على اقراره بالهبة منه والمدعى ينكر وكذا لو شهد احدهما على الشراء منه بالف والمدعى هو الآخر فهو دعوى الدين وانما قيد بقوله والمدعى هو الآخر لانه لو ادعى المستاجر عقدا لاجارة

ولا اختلاف في ما هو الاصل فيثبت ثم اذا وقع الاختلاف في التبع فيقضى بالاقبل لا تفاهما عليه

والاخر بمائة دينار وقال الاخر استاجر منه وكذا لو شهد انه باعه المدعى منه والاخر انه اودعه عنده
وكذا لو شهد ا على اقراره ان المدعى دفعها اليه شهد على اقراره بانه اخذ منه هذا والاخر على اقراره بانه
اودعه منه تقبل لا تفاهما على الاقرار بالاخذ لكن بحكم الوديعة والاخذ منه منقردا شهد ان له عليه كذا
دينارا والاخر انه اقر انه عليه تقبل شهد انه طلقها بالعربية والاخر بغيرها في المنتقى عن أبي يوسف
لا تقبل ولو كان هذا بالاقرار بالمال تقبل وليس الطلاق كذلك لأن في وجوه كثيرة وفيه لو شهد أنه قال
لعبده أنت حر والاخر أنه قال له آ زاد تقبل وفيه لو قال ان كلمت فلانا فانت حر فشهد انه كلمه اليوم والاخر
أمس لم تقبل وذكر في مسألة الطلاق قال طلقت ولا شك أنه يجب في العتق ثبوته اذا وفق العبد بان قال
كلمته في اليومين جميعا وفيه شهد أنه قال ان دخلت هذه الدار فكذا والاخر ان دخلت هذه وهذه لا تقبل
وفيه ان طلعتك فعبده حر فشهد أنه طلقها اليوم والاخر أمس يقع الطلاق والعتق ولو قال ان
ذكرت طلاقك ان سميت ان تكلمت به فعبده حر فشهد انه طلقها اليوم والاخر أمس يقع الطلاق لا العتق
لان شهادتهما اختلفت في الكلام ولو اختلفا في القذف في الزمان والمكان تقبل عنده خلافا لهما وفي
انثائه واقارعه لا تقبل اجماعا ادعى ألقا فشهد أحدهما بانه أقر أن له عليه ألفا فقرضا وادّخر أنه أقر أنه
أودعه ألفا تقبل لا تفاهما انه وصل اليه منه ألف وقد جحد فصار ضامناهي قسمان قسم من الاختلاف بين
الدعوى والشهادة وقسم من الاختلاف بين الشاهدين القسم الاول ادعى ملكا على رجل بالشراء
فشهدوا له بالملك المطلق فلا تقبل وقيد في الاقضية بما اذا نسبته الى معروف كان قال اشترى من فلان بن
فلان وذكرك شرط التعريف أمالو جهله فقال اشترى فقط أو قال من رجل أو من زيد وهو غير معروف
فشهدوا بالمطلق قبالت وكري فتاوى رشيد الدين في القبول خلافا ولو ادعى ملكا مطلقا فشهدوا به بسبب
تقبل كذا أطلق في الجامع الكبير وزاد في الاجتناس في القبول أن القاضي يسأل المدعى الملك ألك بهما
السبب الذي شهدوا به ان قال نعم قضى أولا وفي الدعوى والبيانات اذا تحمّل الشهادة على ملكه سبب
وأراد أن يشهد بالملك المطلق لم يذكر هذا في شيء من الكتب واختلف فيه المشايخ والاصح انه لا يسعه ذلك ولو
كان ادعى الشراء من معروف ونسبه الى أبيه وجده مع القبض وقال قبضته منه فشهدوا بالملك المطلق في
الخلاصة تقبل بلا ذكر خلاف وحكى العمادى فيه اختلافا قبل تقبل لان دعوى الشراء مع القبض دعوى
مطلق الملك حتى لا يشترط لصحة هذه الدعوى تعيين العبد وقيل لا تقبل لان دعوى الشراء معتبرة في نفسها
لا كالمطلق لأنرى انه لا يقضى له بالزوائد في ذلك وفي فوائد شمس الاسلام دعوى الدين كدعوى العين
وهكذا في شرح الحيل للحاوانى لكن في المحيط ادعى الدين بسبب القرض وشبهه فشهدوا بالدين مطلقا كان
شمس الاثمة مجرودا لا زوجى يقول لا تقبل كافي دعوى العين بسبب وشهدوا بالمطلق قال وفي الاقضية
مسئلتان يدلان على القبول انتهى وفي فتاوى رشيد الدين لو ادعى ملكا مطلقا فشهدوا عليه بسبب ثم
شهدوا على المطلق لا تقبل لانهم اذا شهدوا على الملك بسبب حمل دعوى الملك المطلق عليه فلا تقبل شهادتهم
على المطلق بعد ذلك ولو شهدوا على المطلق ثم شهدوا على الملك بسبب تقبل لانهم شهدوا ببعض ما شهدوا به
أولا فتقبل أما النكاح فلو ادعى على امرأه انها امرأته بسبب انه تزوجها بكذا فشهدوا انها منكوحته بلا
زيادة تقبل ويقضى به المثل ان كان قدر المسمى أو أقل فان زاد على المسمى لا يقضى بالزيادة ولو لم يذكر المال
والباقي بحاله قضى بالنكاح فقط ولو ادعى المطلق فشهد أحدهما به والاخر مع السبب تقبل ويقضى بالملك
الحادث كالمشهد جميعا بالملك الحادث وكل ما كان بسبب عقد شراء أو هبة أو غيره فهو ملك حادث وان ادعى

بعد انقضاء مدة الاجارة كان ذلك منه اعترافا بمال الاجارة فيجب عليه ما اعترف فلا حاجة فيه بحينئذ الى اتفاق
الشاهدين أو اختلفا فها (قوله يقضى بالاقبل لا تفاهما عليه) ويستوى دعوى أقل المالين أو أكثرهما

ولا اختلاف للشاهدين فيها
فيثبت الاصل لكن وقع
الاختلاف في التبع وهو
المال فيقضى بالاقبل
لا تفاهما على ما عارض
عليه بانه فيه تكذيب أحد
الشاهدين وأجيب بانه
فيما ليس بمقصود وهو المال
والتكذيب فيه لا يوجب
التكذيب في الاصل وفيه
نظر فان مراد المعارض
ليس بطلان الاصل بل
بطلان التبع ومعنى كلامه
أن يطل المال المذكور في
الدعوى ويلزم مهر المثل

(قوله ولا اختلاف للشاهدين
فيها) أقول اظاهرتك كبر
الضمير وانتيته باعتبار كون
الاصل عبارة عن الامور
المذكورة (قوله وأجيب
بانه فيما ليس بمقصود)
أقول المجيب صاحب النهاية

والجواب المدكور ليس بدافع لذلك كما ترى والجواب أن المال إذا لم يكن مقصودا كان كالدين والاختلاف فيه بطريق العطف لا يمنع القبول بالاتفاق كما تقدم فالتشكيك فيه غير مسموع قال المصنف (ويستوى دعوى أقل المالين) أو أكثرهما بكلمة أو والصواب كلمة الواو بدلالة يستوى وقوله (في الصحيح) احتراز عما قال بعضهم أنه لما كانت الدين وجب أن يكون الدعوى بأكثر المالين كفى الدين واليه ذهب شمس الأئمة ووجه ما في الكتاب أن المنظور إليه العقد وهو لا يختلف باختلاف البديل لكونه غير مقصود يثبت في ضمن العقد فلا يراعى فيه ما هو شرط في المقصود أعنى الدين وقال (ثم قيل الاختلاف فيما إذا كانت المرأة هي المدعية فاما إذا كان المدعى هو الزوج فلا جاع على أنها لا تقبل لان مقصودها قد يكون (٥١٦) المال) بخلاف الزوج فان مقصوده ليس الا العقد) فيكون الاختلاف فيه وهو يمنع القبول

ويستوى دعوى أقل المالين أو أكثرهما في الصحيح ثم قيل الاختلاف فيما إذا كانت المرأة هي المدعية وفيما إذا كان المدعى هو الزوج اجماع على أنه لا تقبل لان مقصودها قد يكون المال ومقصوده ليس الا العقد وقيل الاختلاف في الفصلين وهذا أصح والوجه ما ذكرنا والله أعلم

بسبب فشهد أحدهما به والاخر مطاعا لا تقبل كما إذا شهدوا جميعا باطلاق وفيما لو ادعى الثالث فشهدوا على اطلاق تقبل ولو ادعى المطاع فشهدوا على النتائج لان دعوى مطاع الملك دعوى أوليته على سبيل الاحتمال والشهادة على النتائج شهادة على أوليته على اليقين فشهدوا بأكثر مما ادعاه فلا تقبل وهذه المسئلة دليل على انه لو ادعى النتائج أولا ثم ادعى الملك اطلاق تقبل ولو ادعى المطاع أولا ثم النتائج لا تقبل وفي المحيط لو ادعى الملك بالنتائج وشهدوا على الملك بسبب لا تقبل بخلاف ما لو ادعى المطاع وشهدوا عليه بسبب حيث تقبل انتهى ولا يشك كل انه لو ادعى النتائج بسبب فشهدا بسبب آخر لا تقبل وفي الفصول القاضي اذا سال الشهود قبل الدعوى عن لون الدابة فقالوا كذا ثم عند الدعوى شهدوا بخلافه تقبل لانه سألهم عما لا يكلف بيانه فهو كالمعدوم وقال رشيد الدين ويخرج من هذا كثير من المسائل ولو ادعى ملكا مطلقا مؤرخا فقال قبضت مني منذ شهر فشهدوا بلانار يخ لا تقبل وعلى العكس تقبل على المختار ودعوى الملك بسبب الارث كدعوى الملك اطلاق وينبغي أن يستثنى ما إذا أرخ في الخلاصة ادعى دارا في يد رجل انهما ملك أبيه مات وتركهما ميراثا له منذ سنة فشهدوا أنه اشتراها من المدعى عليه منذ سنتين لا تقبل الا اذا وفق فقال اشترىتهما منذ سنتين وبعتهما من أبي ثم ورثتهما منذ سنة وأقام البينة على هذا التوفيق واذا أرخ أحد الشاهدين دون الآخر لا تقبل في دعوى الملك المؤرخ وتقبل في غير المؤرخ ولو ادعى الشراء بسبب أرخه فشهدوا بالشراء بلا تاريخ تقبل وعلى القلب لا ولو كان للشراء شهران وأرخوا شهرا تقبل وعلى القلب لا ولو أرخ المطلق بان قال هذا العين لي منذ سنة فشهدوا أنه لا تقبل ولو قال منذ سنتين وشهدوا أنه لا منذ سنة تقبل ولو ادعى أنه قبض مني عشرة دنانير بغير حق فشهدوا على القبض تقبل ويحمل على أنه قبض في الحال وعليه شهدوا وقدمنا من مسائل القبض شياداري في يد رجلين اقسماها بعد الدعوى أو قبها أو غاب أحدهما وادعى رجل على الحاضر أنه نصف

في الصحيح) فان قيل في هذا تكذيب المدعى لأحد الشاهدين كافي البيع قلنا المال ليس بمقصود ههنا ما أن النكاح يجوز بدون ذكر المال ولولزم التكذيب انما لزم في التبع والتكذيب فيه لا يوجب التكذيب في الأصل وهو العقد بخلاف البيع فان المال مقصود فيه فالتكذيب في المقصود يوجب نفى الحكم لانعدام نصاب الشهادة (قوله وقيل الخلاف في الفصلين) وهما ما إذا كان المدعى هو الزوج وما إذا كان المدعى هو المرأة (قوله وهذا أصح والوجه ما ذكرناه) وهو ما ذكر من الدليل في الطرفين من قوله لهما أن هذا

(وقيل الخلاف في الفصلين) بعض ما إذا كانت المرأة تدعى وما إذا كان الزوج يدعى (وهذا أصح) لان الكلام ليس في أن الزوج يدعى العقد والمال أو المرأة تدعى ذلك وانما الكلام في أن الاختلاف في الشهادة على مقدار المهر هل يوجب خلافا في نفس العقد أولا قال أبو حنيفة لا يوجب ذلك وقالوا بوجوبه وقد ذكر المصنف دليلهما واليه أشار بقوله (والوجه ما ذكرناه) والله أعلم

(قوله والجواب ان المال اذا لم يكن مقصودا) أقول أي من العقد فان العقد يصح بدونه وتحقيق الجواب وتفصيله ما ذكره صاحب النهاية نقلا عن الفوائد الظهيرية وانما لم يذكره نائبا حذوا عن التكرار فلا وجه لاراد النظر عليه بعد ذلك فليتأمل (قوله كان كالدين) أقول المراد

من الدين هو الدين المنفرد عن العقد (قوله ويستوى الى قوله بكلمة أوالخ) أقول وفيه بحث فانه من قبل بيان كسر رثيته * أو كسر عظم من عظامه وفي الفرائض السراجية وذلك في مسئلتين زوج وأبوين أو زوجة وأبوين فان أجمعين الواو وقال الزيلعي ولا يكون بدعوى الانل مكذبا للشاهد لجواز أن يكون الاقل هو المسمى ثم صار أكثر للزيادة انتهى وفيه تأمل فانهم لم يجوزوا ذلك في البيع كما صرح به في الشرح وجوابه أن النكاح ليس كالبيع فانه يجوز النكاح بدون تسمية المهر بخلاف البيع بلا تسمية البسمل فتأمل (قال المصنف وهذا أصح والوجه الخ) أقول قال لا تغني ولنا في قوله وهذا أصح نظرا لما أنهم لم يذكروا والخلاف في شروح الجامع الصغير وكذلك لم يذكروا في شرح الطهاوي فيما إذا كان المدعى هو الزوج بل قالوا لا تقبل الشهادة لان الاختلاف وقع في العقد انتهى وفيه نظر فانه قال التمر ناشي في شرح الجامع الصغير وان كان المدعى هو الزوج اختلفوا على قول أبي حنيفة وأصح أنها تقبل عنده لان المال تابع

هذه الدار مشاعا وفي يد رجل نصفها مقسومة فشهدوا أن له النصف الذي في يد الحاضر فهي باطلة لانها أكثر من المدعى به ومثله لو ادعى دارا واستثنى طريق الدخول وحقوقها ومراقتها فشهدوا أنهم له ولم يستثنوا الحقوق والمرافق لا تقبل وكذا لو استثنى بيتا ولم يستثنوا الا اذا وفق فقال صدقوا الكفى بهت هذا البيت منها تقبل وفي المحيط من الاقضية وأدب القاضي للمصنف اذا ادعى الملك للحال فشهدوا أن هذا العين كان ملكه تقبل لانها ثبتت الملك في الماضي فيحكم به في الحال ما لم يعلم المزيل وقال العمادي وعلى هذا اذا ادعى الدين وشهد شاهدان انه كان له عليه كذا أو قال بالغا رسية أم مقدار زور دمه أن مدعى عليه يود من مدعى را ينبغي أن تقبل كافي دعوى العين انتهى ونظيره في دعوى العين ما ذكره سيد الدين اذا قالوا نشهد أن هذا كان ملكه تقبل وبصير كالأولوا نشهد أن هذا ملكه في الحال ولا يجوز للقاضي أن يقول امر وزملك ويحى دانيت انتهى ومعنى هذا لا يحل للقاضي أن يقول أتعلون أنه ملكه اليوم نعم ينبغي للقاضي أن يقول هبل تعلمون أنه خرج عن ملكه فكذا كره في المحيط فيما اذا ادعى ملكا مطلقا في عين فشهدوا انه ورثه من أبيه ولم يتعرضوا للملك في الحال أو شهدوا أنه اشتراه من فلان وفلان عليك ولم يتعرضوا للملك في الحال تقبل ويقضى بالعين للمدعى لكن ينبغي أن يسألهم القاضي الى آخر ما ذكرنا وكذا اذا ادعى أن هذه زوجته فشهدوا أنه تزوجها ولم يتعرضوا للحال تقبل هذا كله اذا شهدوا بالملك في الماضي أما لو شهدوا باليد في الماضي وقصد ادعى الآن لا يقضى للمدعى به في ظاهر الرواية وان كانت اليد تسوغ الشهادة بالملك على ما سلفناه وعن أبي يوسف يقضى بهم بخروج العمادي على هذا ما نقل عن الواقعات لأقربدين رجل عنده رجلين ثم شهد عدلان عندا الشاهد من أنه قضى دينه أن شاهدي الاقرار يشهدان أنه كان له عليه دين ولا يشهدان أن له عليه فقال هذا أيضا دليل على أنه اذا ادعى الدين وشهدوا أنه كان له عليه تقبل وهذا غلط فان مقتضاه أنه لا فرق بين الشهادة بأنه كان له عليه أولا وعليه الحال أن صاحب الواقعات فرق حيث قال يشهدان أنه كان له عليه ولا يشهدان أن له عليه فلو لم يكن بينهما فرق لم يكن المنع من أحدهما دون الآخر معنى والذي يقتضيه الفقه أنهم اذا ثبتت عندهما بشهادة العدلين أنه قضاة ذلك الذي أقر به عندهما أو ثبت بهما بقا فادهم ما ذلك أن لا يشهدا كما عرف فيما اذا علم شاهد الالف أنه قضاة منها خسمائة لا يشهد حتى يقر بعضهما والله أعلم وعكس ما نحن فيه لو ادعى في الماضي بان قال هذه الجارية كانت ملكي فشهدوا أنهم له اختلف في قبولها والاصح لا تقبل وكذا لو شهدوا على طبق دعواه بان شهدوا أنها كانت له لا تقبل لان اسناد المدعى دليل على نفي ملكه في الحال اذ لا فائدة له في الاقتصار على أن ملكه كان في الماضي الا ذلك بخلاف الشاهد من اذا أسند ذلك لا يدل على نفيهما اياه في الحال لجواز قصد ههما الى الاحتراز عن الاخبار بما لا علم له حابه لانهم لم يعلموا سوى ثبوته في الماضي ولم يعلما بان نقله فقد يكون انتقل في نفس الامر فيحترس عنه الشاهد وان كان ثبت للحال بالاستصحاب وفي الخلاصة ادعى النقرة الجيدة وبين الوزن فشهدا على النقرة والوزن ولم يذكر اجيدة ولا رديته ولا وسطا تقبل ويقضى بالردى بخلاف ما لو ادعى تغير دقيق مع النخالة فشهدوا من غير نخالة أو منخولا فشهدوا على غير المنخول لا تقبل وفيها أن من ادعى على رجل ألفا من ثمن بيت فشهدوا على ألف من ضمن جارية غصبها فهاكت عنده لا تقبل وعن هذا ذكر في المسئلة المستورة وهي ما اذا شهدا بالالف من ثمن جارية باعها منه فقال البائع انه أشهدهما عليه بذلك والذي له عليه ثمن متاع تقبل شهادتهما فقال في الخلاصة هو محمول على أنهم شهدوا على اقراره بذلك أي اقرار المدعى عليه بثن الجارية لان مثله في الاقرار يقبل لما ذكره في المسئلة المذكورة قبلها وفي الكفالة اذا شهدوا أنه كفل بالف على فلان فقال الطالب هو أقرب بذلك لكن الكفالة كانت عن فلان آخر كان له أن يأخذ بالمال لانما اتفقا فيما هو المقصود فلا يضرهما الاختلاف في السبب ومثله ادعى أنه أجرة دار وقبض مال الاجارة ومات

اختلاف في العقد الى أن قال ولا يبي حنيفة رجه الله ان المال في النكاح تابع والاصل فيه الحل وهذا الدليل لا يفرق بين أن يكون المدعى الزوج أو المرأة والله أعلم

(فصل في الشهادة على الارث) ذكر أحكام الشهادة المتعلقة بالميت عقيب الاحكام المتعلقة بالاحياء بحسب مقتضى الواقع واعلم أن العلماء اختلفوا في الشهادة بالميراث هل تحتاج الى الجرو والنقل وهو أن يقول الشاهد عند الشهادة هذا المدعى وارث الميت مات وترك كهلماً ميراثه اولاً قال أبو حنيفة ومحمد لا بد منه خلافاً لابي يوسف هو يقول ان ملك المورث ملك الوارث لكون الورثة خلفاء له ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه به وان كان كذلك صارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للمورث وهما يقولان ملك الوارث متجدد في حق العين ولهذا يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ويحل للمورث الغنى (٥١٨) ما كان صدقة على المورث الفقير والمجهد محتاج الى النقل لئلا يكون استصحاب الحال مثبتاً

(فصل في الشهادة على الارث) (ومن أقام بينة على دارأنها كانت لايه أعارها أو ودعها الذي هي في يد فانه يأخذها ولا يكلف البينة أنه مات وتركها ميراثه) وأصله أنه متى ثبت ملك المورث

الا أنه يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت

*(فصل في الشهادة على

الارث)* (قال المصنف

ومن أقام بينة على دارالح)

اقول وأصله انه متى ثبت

ملك المورث لا يقضى للوارث

حتى يشهد الشهود انه مات

وترك ميراثاً لان الملك

للمورث قبل موته بزمان

فيقاؤه الى زمن الموت

بطريق الاستصحاب والثابت

بطريق الاستصحاب لا يثبت

عليه غيره ألا ترى أنه لو ادعى

ألفاق قال ان كان له على الف

درهم فأمر أنه طالق فشهد

شاهدان بالف عليه عام

أول يحكم بالمال دون

الطلاق ولو شهدوا بالف

الا أن يحكم بالطلاق ويعين

حق الوارث بخلاف مالو

شهدوا أنه كان في يده مودعه

أو مستعيره عند الموت لان

يدهما يده كولو شهدانه

كان له عام اول لان الثابت

يبقى ما لم يوجد الدليل المزيل

ولم يوجد ولم ينف شي بخلاف

المسألة الاولى لانه في الارث

في الثابت بالاستصحاب

والمعنى هذا اما ذكره

فانه منعت الاجارة وطلب مال الاجارة فشهدوا أن الآخر أقر بقبض مال الاجارة تقبل وان لم يشهدوا على عقد الاجارة لانهم شهدوا بالمقصود وهو استحقاق مال الاجارة ولو ادعى الدين أو القرض فشهدوا على اقراره بالمال تقبل ولو شهد أحدهما به والآخر بالاقرار به فقد أطلق القبول في المحيط والعدة وقال فاضيلان تقبل عند أبي يوسف ولو ادعى قرضاً فشهدوا أن المدعى دفع اليه كذا ولم يقولوا قبضها المدعى عليه يشب قبضه كالشهادة على البيع شهادة على الشراء وإذا ثبت القبض بذلك يكون القول لذى اليد أنه قبض بحجة الامانة فيحتاج الى بينة على أنه بجهة القرض ان ادعاه ولو ادعى أنه قضاه دينه فشهد أحدهما به والآخر باقراره أنه قضاه لا تقبل ولو شهدا جميعاً بالاقرار قبلت ولو ادعى شراء دار من رجل فشهد أنه اشتراها من وكيله لا تقبل وكذا لو شهدا أن فلاناً باعها منه وهذا المدعى عليه أجاز البيع ادعى عليه انك قبضت من مالى جلابير حق مثلاً وبين سنه وفيمته فشهدوا أنه قبض من فلان غير المدعى تقبل ويحبر على احضاره لانه قال من مالى ولم يقل قبضت منى فلا يكون ما شهدوا به يناقضة فيحضره ليشير اليه بالدعوى * القسم الثاني اختلف الشاهدين ادعى بالمبيع عينا فشهد أحدهما أنه اشتراه وبه هذا العيب وشهد الآخر على اقراره البائع به لا تقبل ككلو ادعى عينا أنه له فشهد أحدهما على انه ملكه والآخر على اقراره ذى اليد أنه ملكه لا تقبل ومثله دعوى الرهن فشده به بما ينسب القبض والآخر على اقراره الرهن بقبضه لا تقبل قال ظهير الدين الرهن في هذا كالغصب وكذا الوديعة لو ادعاهما قسداً فشهدا باقرار المودع قبلت ولو شهد أحدهما به والآخر بالاقرار به لا تقبل على قياس الغصب وعلى قياس القرض تقبل بخلاف ما لو ادعى أنه باع بشرط الوفاء فشهد أحدهما انه باع بشرط الوفاء والآخر أن المشتري أقر بذلك تقبل لان لفظ البيع في الانشاء والانشاء واحد ومثله لو ادعت صداقها فقال وهبني اياه فشهد أحدهما على الهبة والآخر على البراء تقبل للموافقة لان حكمهما واحد وهو السقوط وقيل لا لاختلاف لان البراء اسقاط والهبة تخليص والاول أرجح لانه وان كان اسقاطاً يتضمن التملك ولهذا يرتد بالرد ولو شهد على اقرار المدعى عليه أن المدعى به في يده والآخر أنه في يده لا تقبل وفي المحيط ادعى داراً فشهد أنها داره والآخر على اقراره ذى اليد أنها له لا تقبل بخلاف ما لو شهد أحدهما على الدين والآخر على الاقرار به تقبل بخلاف ما لو شهد أنها جارية به والآخر على اقراره به لا تقبل وبخلاف ما إذا شهد أنها جارية به والآخر أنها كانت له تقبل بخلاف ما إذا شهد أنها كانت في يده وإذا راجعت القاعدة التي أسلفنا من الفرق بين اختلاف الشاهدين على القول والفعل خرجت كثيراً من الفروع والله سبحانه اعلم

(فصل في الشهادة على الارث) (قوله ومن أقام بينة الح) اختلف علماء في انه هل يتوقف القضاء للوارث

(فصل في الشهادة على الارث) (قوله ولا يكلف البينة انه مات وترك ميراثه) هذا بالاجماع اما عند أبي

الشرائح ان ملك الوارث يتجدد استندالاً لوجوب الاستبراء في الجارية الموروثة وحل كل ما كان صدقة على المورث لان لا يقضى

الاستبراء يتعلق باستحداث ملك اليد لا يرى ان من اشترى جارية فلم يقبضها حتى حاضت عند البائع مراراً فانه يستبرئها وان لم يكن غير

مستحدث وحل التناول لا يتوقف على تجديد الملك الا يرى ان المورث الذي اجتمع عنده اموال الصدقة ثم استغنى بالارث او غيره يحل ما عده

من الصدقات ولا يتجدد (قوله بحسب مقتضى الواقع) أقول فان الواقع يقدم أحكام الحياة على أحكام الموت (قال المصنف مات وتركها ميراثاً

له) أقول وهو المراد بالجر والنقل قال السكاكي ولهذا لو ادعى ديناً على المورث وشهد أنه كان له على الميت دين لا يقبل حتى يقولوا انه مات وهو

لا يقضي به للوارث حتى يشهد الشهود أنه مات وتركهما ميراثه عند أبي حنيفة ومحمد وجهما الله خلافاً لـ
يوسف رحمه الله هو يقول ان ملك الوارث ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث
وهما يقولان ان ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ويحل للوارث
الغنى ما كان صدقة على المورث الفقير فلا بد من النقل لأنه يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت
لشبهت الانتقال ضرورة وكذا على قيام يده على ما ذكره وقد وجبت الشهادة على اليد في مسألة الكتاب لان

بالشهادة على ملك الميت على الجبر والنقل وهو أن يقول الشهود في شهادتهم مات وتركهما ميراثاً
لهذا المدعى فعند أبي يوسف لا وعند أبي حنيفة ومحمد نعم وجه قول أبي يوسف ما ذكره المصنف بقوله
(هو يقول ملك المورث ملك الوارث) لانه يصير ملكه خلافاً لهذا بخلافه ويرد بالعيب ويرد عليه ويصير
مغروراً اذا كان المورث مغروراً فالشهادة بالملك للمورث شهادة به لانه فلا حاجة الى أمر زائد بشرط القضاء
به له وقد ظهر بهذا محل الخلاف وهو شهادتهم أنه كان ملك الميت بلا زيادة ولو شهدا أنها لا يه لا تقبل ذكرها
بمحمد بلا ذكر خلاف فقبل عند أبي يوسف وقيل لا تقبل بالاتفاق (وهما يقولان ملك الوارث ملك متجدد
في العين حتى وجب على الوارث استبراء الجارية الموروثة ويحل للوارث الغنى ما كان تصدق به على المورث
الفقير) ولوركة أو كفارة فلا بد من ذكرهما الجبر والانتقال غير أنه لا يشترط ذلك كذلك أصاب ما نصنا
كما ذكرنا من قولهم مات وتركهما ميراثه أو شهدا بالملك للمورث عند الموت أو بما يقوم مقامه وهو اليد
عند الموت وتجدد ملك الوارث غير لازم شرعياً لما شهدوا به بل لازم لقيامه حال الموت اذا عرف هذا فالمسألة
التي ذكرها المصنف اتفاقية وهي قوله (ومن أقام بينة على دار أنها كانت لآبيه أعارها أو أودعها الذي هي
في يده فانه يأخذها ولا يكلف البينة أنه مات وتركهما ميراثه) أما على قول أبي يوسف فظاهر وأما على قولهما
فلان الشهادة على الملك وقت الموت أو اليد وقت الموت تقوم مقام ذلك وقد وجدنا الثاني في مسألة الكتاب لانه
أثبت اليد عند الموت حيث شهد أنهم أعاروه أو مودعه عند الموت لان يد المستعير والمودع والمستأجر كيد
المعير وأخويه وقد طولنا بالفرق بين هذا وما اذا شهد المدعى ملك عين في يد رجل بانها كانت ملك المدعى أو
أنه كان ملكها حيث يقضي بها وان لم يشهدا أنها ملكه الى الاثبات وكذا لو شهد المدعى عين في يد انسان أنه
أشترها من فلان الغائب ولم يقيم بينة على ملك البائع وذو اليد يشكر ملك البائع فانه يحتاج الى بينة على ملكه
فاذا شهدا بملكه قضى للمشتري به وان لم ينص على أنها ملكه يوم البيع وهذه أشبه بمسئلتنا فان كلامنا
الشراء والارث موجب بتجدد الملك والجواب أنهم اذا لم ينص على ثبوت ملكه حال الموت فانما يثبت بالاستصحاب
والثابت به بحجة لبقاء الثابت لاثبات ما لم يكن وهو المحتاج اليه في الوارث بخلاف مدعى العين فان الثابت
بالاستصحاب بقاء ملكه لا تجددده وبخلاف مسألة الشراء فان الملك مضاف اليه الى ملك البائع وان كان لابد
لثبوت ملك المشتري من بقاءه لان الشراء آخرهما وجودا وهو سبب موضوع للملك حتى لا يتحقق لولم يوجب
فيكون مضافا الى الشراء وهو ثابت بالبينة أما هنا فثبت ملك الوارث مضاف الى كون المال ملكا للميت وقت

يوسف رحمه الله فظاهر لانه لا يشترط الجبر والانتقال لقبول البينة لانه لما ثبت بهذه الشهادة كون الدار ملكا
للمورث يوم الموت ثبت الملك للوارث ضرورة لانه يخلفه في املاكه فصارت الشهادة بانها كانت ملكا للمورث
بنزلة الشهادة للحق بانها كانت له وبغزلة الشهادة للمشتري انهما كانت لبائعه وكذا على قولهما لانها
وان كانا بشرطان الجبر والانتقال الى الوارث في الشهادات لم يشترط ذلك هنا لان المدعى أثبت لمورثه يده في
المدعى عند الموت بما أقام من البينة لان يد المستعير والمودع يد المعير والمودع فصار كأنه أقام البينة ان أباه مات
والدار في يده ولو كان كذلك كانت البينة مقبولة فكذلك (قوله في حق العين) أي في حق احكام ترجع
الى العين (يحل له ويحل للوارث الغنى) أي لولا تجديد الملك لما حل له ذلك (قوله فلا بد من النقل) بان شهدوا
انه مات وتركهما ميراثا وانه مات وهو ملكه (قوله وكذا على قيام يده على ما ذكره) إشارة الى ما ذكره بعده بقوله

الموت لموت الانتقال حينئذ
ضرورة وكذا على قيام
يده لان الايدي عند الموت
تنقلب يد ملك بواسطة
الضمان اذ انظر من
حال المسلم في ذلك الوقت ان
يسوى اسبابه وبين ما كان
بيده من الودائع والغصب
فاذا لم يبين فانظروا من حاله
أن ما في يده ملكه فجعل
اليده عند الموت دليل الملك
لا يقال قد تكون اليد
أمانة ولا ضمان فهنا تنقلب
بواسطة يد ملك لان الأمانة
تصير مضمونة بالتجهيل بان
يموت ولم يبين انها مودعة
فلان لانه حينئذ ترك الحفظ
وهو تعدد يوجب الضمان
واذا ثبت هذا فن أقام بينة
على دار انما كانت لآبيه
أعارها أو أودعها الذي هي
في يده فانه يأخذها ولا يكلف
البينة انه مات وتركهما ميراثا
بالاتفاق أما عند أبي يوسف

عليه ذكره في القصة انتهى
ثم اعلم أنه أثبت الضمير في قوله
وتركها بتاويل التركة
(قال المصنف ويحل
لوارث الخ) أقول قال

فلا يوجب الجبر في الشهادة وأما عندهما فلان قيام اليد عند الموت يغني عن الجبر وقد وجدت لان بدلا المستعير والمودع يد المعير والمودع ومن أقام البينة أنهما كانت في يد فلان مات وهي في يده فكذلك لئلا كثر ما من انقلاب الايدي عند الموت فصار كأنه أقامها على أنها كانت ملكه عند موته ومن أقامها أنهما كانت لابييه ولم يقولوا مات وتر كها ميرا نالم تقبل عندهما عدم الجبر وأقام مقامه وتقبل عند أبي يوسف بشهادتهم بذلك الموت (قوله وان قالوا الرجل حي) (٥٢٠) مسألة أتى بها استطراد اذ اذهى ليست من باب الميراث وصورتها اذا كانت الدار في يد رجل

فادعى آخر أنهما وأقام لاني يد المستعير والمودع والمستاجر فائمة مقام يده فاعنى ذلك عن الجبر والنقل (وان شهدوا أنها كانت في يد فلان مات وهي في يده جازت الشهادة) لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان والامانة تصير مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت (وان قالوا الرجل حي نشهد أنها كانت في يد المدعى منذ أشهر لم تقبل) وعن أبي يوسف رحمه الله أنها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا أنها كانت ملكه تقبل فكذا هذا فصار كما اذا شهدوا بالاختصاص المدعى وجه الظاهر وهو قوله لهما ان الشهادة قامت بجهول لان اليد منقضية وهي متنوعة الى ملك وأمانة وضمنان فتعذر القضاء باعادة الجهور بخلاف الملك لانه

لاني يد المستعير والمودع والمستاجر فائمة مقام يده فاعنى ذلك عن الجبر والنقل (وان شهدوا أنها كانت في يد فلان مات وهي في يده جازت الشهادة) لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان والامانة تصير مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت (وان قالوا الرجل حي نشهد أنها كانت في يد المدعى منذ أشهر لم تقبل) وعن أبي يوسف رحمه الله أنها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا أنها كانت ملكه تقبل فكذا هذا فصار كما اذا شهدوا بالاختصاص المدعى وجه الظاهر وهو قوله لهما ان الشهادة قامت بجهول لان اليد منقضية وهي متنوعة الى ملك وأمانة وضمنان فتعذر القضاء باعادة الجهور بخلاف الملك لانه

الموت لا الى الموت لانه ليس سبباً موضوعاً لملك بل عنده يثبت ان كان له مال فارغ والله سبحانه أعلم هذا اذا شهدا أنها كانت معارة أو مودعة (فلو شهدا أنها كانت في يديه مات وهي في يده) والاب هو المراد بلفظ فلان في قول المصنف انها كانت في يد فلان يعني أبا الوارث المدعى جازت الشهادة فيقضى بالدار للوارث لا بانيتهما اليد للميت الى حين الموت وبذلك يثبت الملك له لان اليد وان تنوعت الى يد غيب وأمانة وملك فانها عند الموت من غير بيان نصير يد ملك كما عرف أن كلام من الغاصب والمودع اذا مات بجها لا يصير للغاصب والوديعة ملك له نصير ورثته مضموناً عليه شرعاً ولا يجمع البدلان في ملك مالك الوديعة والمغصوب منه ولا يلزم على هذا ما لو شهدوا أن أبا دخل هذه الدار ومات فيها وأنه كان فيها حتى مات وأنه مات فيها وأنه مات وهو قاعد على هذا البساط أو نائم على هذا الفراش وأنه مات وهذا الثوب موضوع على رأسه لا تقبل حتى لا يستحق الوارث شيئاً من ذلك مع أنها تفيد أن هذه الاشياء كانت في يد المورث قبل الموت لانها خرجت بقوله بواسطة الضمان وهذه الامور ليست موصوفة بالضمان قال الفهر ناشى لا تثبت اليد على المحل بهذه الاشياء حتى لا يصير غاصباً ولا يصير ذوا اليد مقر بذلك بخلاف الشهادة بالركوب والجل واللبس فان اليد تثبت بهم او يصير بها غاصباً اذا شهدا كذلك فلو شهدا على ادعى عينا في يد رجل كذلك أي شهدا أنها كانت في يده هذا المدعى منذ شهر أو أقل أو أكثر ولم يذكر او متافعين أبي يوسف هي كالتى للميت فيقضى للمدعى بالعين المذكورة وقال لا يقضى به للمدعى بهذه الشهادة لاني يوسف رحمه الله أن اليد مقصودة كالملك ولو شهدا في هذه الصورة أنها كانت ملكاً للمدعى تقبل على ما قدمنا في الفروع استعصا بالملك الى وقت الدعوى كذا هنا استعصا باليد الى وقت الدعوى وصار كولو شهدوا أنه أخذها منه يقضى بالرد بهذه الشهادة وجه الظاهر من قول أبي يوسف وهو وجه قولهما ان الشهادة مع كونها بيد منقضية شهادة بجهول لان اليد متنوعة الى ملك وأمانة وضمنان ولم يلزم أحدها بعينه لارتفاع الجهة فتعذر القضاء بهذه الشهادة لتعذر القضاء بجهول بخلاف

الذي يلي ولولا تجدد الملك لما حل له انتهى وفيه يحتمل فانه من اجتمع عنده أموال الصدقة ثم استغنى بالارث أو غيره يحل له أكل ما عنده من الصدقات ولا تجدد ملك (قال المصنف لان الايدي عند الموت الخ) أقول في الكافي لان الايدي المجهولة تنقلب يد ملك عند الموت لانهم لا يتخلون من أن تكون يد ملك أو غصب أو أمانة فان كانت يد ملك فظاهر (قوله وان قالوا الرجل حي) يعني اذا كانت الدار في يد رجل فادعاه رجل آخر ليست الدار في يده انما هي فشهدا الشهود

لاني يد المستعير والمودع والمستاجر فائمة مقام يده فاعنى ذلك عن الجبر والنقل (وان شهدوا أنها كانت في يد فلان مات وهي في يده جازت الشهادة) لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان والامانة تصير مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت (وان قالوا الرجل حي نشهد أنها كانت في يد المدعى منذ أشهر لم تقبل) وعن أبي يوسف رحمه الله أنها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا أنها كانت ملكه تقبل فكذا هذا فصار كما اذا شهدوا بالاختصاص المدعى وجه الظاهر وهو قوله لهما ان الشهادة قامت بجهول لان اليد منقضية وهي متنوعة الى ملك وأمانة وضمنان فتعذر القضاء باعادة الجهور بخلاف الملك لانه

نصير يملك لان الموت يتقرر عليه الضمان ويصير المضمون ملكاً له وان كانت يد أمانة فتصير يد غصب بالتجهيل فصارت يد ملك أيضاً فصارت الشهادة بيد مطلقه عند الموت شهادة بالملك عند الموت انتهى وفي قوله لانهم لا يتخلون من أن تكون يد ملك أو غصب أو أمانة فان كانت يد ملك فظاهر (قوله وان قالوا الرجل حي) يعني اذا كانت الدار في يد رجل فادعاه رجل آخر ليست الدار في يده انما هي فشهدا الشهود

المعروف غير مختلف وبخلاف الأخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد لان يدعى المدعى ويد المدعى
مشهود به وليس الخبر كالمعاينة (وان أقر بذلك المدعى عليه دفعت الى المدعى) لان الجهالة في المقر به لا تمنع
صحة الاقرار (وان شهد شاهدان أنه أقر أنها كانت في يد المدعى دفعت اليه) لان المشهود به ههنا الاقرار وهو
مألفا في الميت لانه لم أحدها بعينه بأمر وهو يد المالك فمكن القضاء وبخلاف الأخذ فان له موجد ما معلوما
وهو الرد من حيث هو أخذ الى أن يقترب به ثبوت أنه أخذ حقه قال عليه السلام على اليد ما أخذت حتى ترد
فيقضى به وأيضا السيد معين للمدعى عليه ويد المدعى مشهود به بخبر عنه وليس الخبر كالمعاينة فيترجح قول
المدعى عليه فلا يقضى به للمدعى واستشكل بينة الخراج مع ذي السيد وكذا بينة مدعى المالك المطلق مع
ذو السيد حيث تخرج بينة الخراج ومسمى المالك أجيب بان ذلك مسلم فيما لا يتنوع كبينة الخراج ومسمى
المالك المطلق بخلاف ما يتنوع وهذا الجواب حاصله أن المعاينة كانت تقدم لولم تلزم الجهالة في المقضى
وهو في التحقيق يصير الى الوجه الاول ويبطل استغلال الثاني بشمل يسير (قوله وان أقر الخ) يعني لو
قال المدعى عليه بالدار التي في يده هذه الدار كانت في يد المدعى دفعت الى المدعى وان كانت اليد مشهودة لان
حاصل ذلك جهالة في المقر به وهي لا تمنع صحة الاقرار بل يصح ويلزم بالبيان فانه لو قال لفلان على شيء صحيح
ويجبر على البيان وكذلك لو شهد شاهدان أن المدعى عليه أقر بأنها كانت في يد المدعى تقبل لان المشهود به
الاقرار وهو معلوم وانما الجهالة في المقر به وهي لا تمنع صحة القضاء كولو ادعى عشرة دراهم فشهدا على اقرار
المدعى عليه أنه كان له عليه شيئا جازت ويؤمر بالبيان (تتمه) شرط الشهادة بالارث أن يشهدوا أنه كان مورثه
فلو قالوا انه لمورثه تقدم أن يحمد الله قال لا يصح ولم يحسب خلافا لان المورث ان كان حيا فالمدعى ليس
خصما وان كان ميتا فاثبات الملك للميت محال لا يتقدم قول بعضهم انها تصح على قول أبي يوسف وهو
غير بعيدا ناطع بان الشاهد لم يرد هذا المعنى بل ملكه حال حياته فكان كالاول ولا بد أن يدرك الشهود
الميت لان الشهادة على الميت لا تجوز بالتسامع ولا بد أن يدينوا بجهة الاستحقاق حتى لو قالوا أخوه مات وتركها
ميراثا له لا تقبل مالم يقولوا الاية أو لامة أو له مالان الارث يختلف باختلاف الجهات وكذا لو قالوا كان لجدته
ولم يقولوا مات وتركها ميراثا لانيه ثم مات أبوه وتركها ميراثا له ولم يشترطه أبو يوسف على ما عرف في الخلافة
غير أنه يسأل البينة عن عدد الورثة للعضاء واذا شهدوا أنه كان لمورثه تركه ميراثا له ولم يقولوا لانه لم وارثا
سواء كان من يرث في حاله دون حال لا يقضى لاحتمال عدم استحقاقه أو يرث على كل حال بحسب
القاضي وينتظر مدة هل له وارث آخر أم لا ثم يقضى بكماله وان كان نصيبه يختلف في الاحوال يقضى بالاقل
فيقضى في الزوج بالربع والزوجة بالثلث الآن يقولوا لانه لم وارثا غيره وقال محمد وهو رواية عن أبي
حنيفة يقضى بالاكثروا نظائر الاول وليس الاصل أن لا يكون له وارث يأخذ القاضي كغيا لا عندهما
لا عنده على ما تقدم ولو قالوا لانه لم وارثا لم يثبت هذا الموضع كفي عند أبي حنيفة خلافا لما (فروع) اذا شهد
اثنتان أن هذا وارث فلان لانه لم وارثا غيره ولم يذكر اسمي يرث به فالشهادة باطلة حتى يبين سبب الارث وكذا
اذا شهدوا أنه أخوه أو عمه أو ابن عمه أو جده أو جدته لا تقبل حتى يبين طريق الاخوة والعمة أو ممة أي يبين
الاسباب المورثة للميت أنه لأب أو شقيق وينسب الميت والوارث حتى يلتقيا الى أب واحد ويذكر أيضا أنه
على هذا الطريق قيد بقوله حتى لانهم لو شهدوا للميت بانها كانت في يده وقت الموت تقبل الشهادة بالايجاع
وتكون الدار لوارثه وقد ذكرناه وقيد بقوله انها كانت في يد المدعى لانهم لو شهدوا انها كانت له تقبل بالاتفاق
وأما قوله منذ أشهر ليس بقيد فانه ذكر الامام الثوري رحمه الله شهدوا لي ان العين كانت في يده لم تقبل وعند
أبي يوسف رحمه الله تقبل (قوله وان أقر بذلك المدعى عليه) يعني قال المدعى عليه ان هذه الدار كانت في يد
المدعى هذا وكذلك لو شهدا شاهدان ان المدعى عليه أقر أنها كانت في يد المدعى تقبل شهادتهما لان المشهود
به ههنا الاقرار وهو معلوم وانما الجهالة في المقر به وذلك لا يمنع القضاء كولو ادعى عشرة دراهم فشهدوا على

اليد متنوعة الى يده لانه وأمانة
وضمن وكل ما كان كذلك
فهو مجهول والقضاء باعادة
المجهول متعذر بخلاف المالك
لانه معلوم غير مختلف
وبخلاف الأخذ لانه معلوم
وحكمه معلوم وهو وجوب
الرد لان يدعى المدعى
ويده المدعى مشهود به
والشهادة خبر وليس الخبر
به لاحتمال زواله بعد
ما كانت كالمعين المحسوس
عدم زواله (قوله وان أقر
المدعى عليه) يعني اذا قال
المدعى عليه هذه الدار كانت
في يده هذا المدعى دفعت اليه
لان الجهالة في المقر به لا تمنع
صحة الاقرار وكذا اذا شهد
شاهدان باقرار المدعى عليه
بذلك دفعت اليه لان المشهود
به هو الاقرار وهو معلوم
والجهالة في المقر به وذلك
لا يمنع القضاء كولو ادعى
عشرة دراهم فشهدوا على
اقرار المدعى عليه أنه عليه
شيئا جازت الشهادة
ويؤمر بالبيان والله
سبحانه وتعالى أعلم

للحال ولا يؤمر بالاعادة اليه
الا عند التيقن بكون الشيء
حقا ولم يتيقن بذلك لان
الايدي مختلفة الخ (قوله ويد
المدعى مشهود به) أقول
الظاهر أن يقال مشهود بها
(قوله وليس الخبر به لاحتمال
زواله) أقول بل لاحتمال
كذب الخبر في نفسه

(باب الشهادة على الشهادة) الشهادة على الشهادة فرع شهادة الاصول فاستحقت التأخير في الذكر وجوازها استحسان والقياس لا يقتضيه لان الاداء عبادة بدنية لم تزلت الاصل لاحقا للمشهود له لعدم الاجبار والاثابة لا تجري في العبادات البدنية الا انهم استحسنوا جوازها في كل حق لا يسقط بالشبهة لشدة الاحتياج اليها لان الاصل قد يجز عن أدائها لبعض العوارض فلو لم يجز لادى الى اتواء الحقوق ولهذا جوزت وإن كثرت أعنى الشهادة على الشهادة وان بعدت (الآن فيها شبهة) أى لكن فيها شبهة البديلية لان البديل لا يصار اليه الا عند العجز عن الاصل وهذه كذلك واعترض بانه لو كان (٥٢٢) فيها معنى البديلية لما جاز الجمع بينهما لعدم جوازها بين البديل والمبدل لكن لو شهد أحد

الشاهدين وهو أصل وآخرون على شهادة شاهد آخر جاز وأجيب بان البديلية انما هي في المشهود به فان المشهود به بشهادة الغرور هو شهادة الاصول والمشهود به بشهادة الاصول هو ما عاينوه مما يدعيه المدعي واذا كان كذلك لم تكن شهادة الغرور بدلا عن شهادة الاصول فلم يمنع اتمام الاصول بالغرور واذا ثبت البديلية فيها لا تقبل بقياس سقط بالشبهات كشهادة التماسع الرجال وقوله (أو من حيث ان فيها زيادة احتمال) معطوف

*(باب الشهادة على

الشهادة)*

(قال المصنف الآن فيها شبهة من حيث البديلية الخ) أقول فان الشهادة عبادة بدنية ولا تجري البديلية في العبادات وليس في وجه الاستحسان ما يدفعه قوله لعدم الاجبار) أقول أى لعدم الاجبار على الشهادة (قوله أى لكن فيها شبهة البديلية) أقول انما قال شبهة البديلية لما سيجي من أن

(باب الشهادة على الشهادة)

معلوم

قال (الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة) وهذا استحسان لشدة الحاجة اليها فاشهر الاصل قد يجز عن أداء الشهادة لبعض العوارض فلو لم تجز الشهادة على الشهادة أدى الى اتواء الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وان كثرت الآن فيها شبهة من حيث البديلية أو من حيث ان فيها زيادة احتمال وارثه وهل يشترط قوله ووارثه في الاب والام والولد قبل يشترط والغتوى على أنه لا يشترط قوله وارثه وكذا كل من لا يجب بحال لا يشترط قوله ووارثه وفي الشهادة بانه ابن الميت أو بنت ابنة لا بد من ذلك وفي الشهادة أنه مولا لا بد من بيان أنه أعتقه ولا يشترط ذكر اسم أب الميت حتى لو شهد أنه جد الميت أو أبويه ووارثه ولم يسموا أب الميت قبلت وفي الاضية شهد أنه جد الميت وقضى له به ثم جاء آخر وادعى أنه أبو الميت وبرهن فاشفى أحق باليراث ولو شهد أنه أخو الميت ووارثه فقضى به ثم شهد هذان لا آخره ابن الميت لا يبطل القضاء الاول بل يضمنا للابن ما أخذ الاول من الارث ولو شهد آخر أن الثاني ابن الميت تقبل وفي الزيادات شهد أن قاضي بلد كذا فلان بن فلان قضى بان هذا وارث فلان الميت لا وارث له غيره فالقاضي يحتاط ويسأل المدعي عن نسبه فان لم يبين أمضى القضاء الاول لعدم المنازع في الحال فان جاء آخر وبين أنه وارثه فان كان أقرب من الاول قضى للثاني وان كان أبعد منه لا يلتفت اليه وان زاحه بان كان مثالا الاول ابنا والثاني أبا قضى بالميراث بينهما على قدر حقهما المالك العمل بهما

(باب الشهادة على الشهادة)

لما فرغ من بيان أحكام شهادة الاصول شرع في بيان أحكام شهادة الغرور (قوله الشهادة على الشهادة جائزة في كل - قى ثبت مع الشبهة) نخرج ما لا يثبت معها وهو الحدود والقصاص فاما التعزير ففي الاجناس من نواذر ان رسمه عن محمد يجوز في التعزير بالغرور والشهادة على الشهادة ونص الفقيه أبو الليث على ان تجلب القاضي الى القاضي لا تجوز فيه الشهادة على الشهادة وفي فتاوى قاصصنا لشهادة على الشهادة جائزة في الاقرار والحقوق وأفضية القضاء وكتبهم وكل شيء الا الحدود والقصاص وبقولنا هذا قال أحمد والشافعي في قول وأصح قوليه وهو قول مالك تقبل في الحدود والقصاص أيضا لان الغرور عهول وقد نقلوا شهادة الاصول فالحكم بشهادة الاصول لا بشهادتهم وصاروا كالترجم وسيندفع (قوله وهذا استحسان) أى

اقرار المدعي عليه ان له عليه شيئا جازت الشهادة ويؤمر بالبيان كذا في الجامع الصغير لقاصصنا رحمه الله

(باب الشهادة على الشهادة)

(قوله وهذا استحسان) والقياس أن لا تجوز لان الشهادة عبادة بدنية لم تزلت شاهد الاصل وليست بحق المشهود له بدليل انه لا تجوز الخصومة فيها الا جبار عليها والاثابة لا تجري في العبادات البدنية أو لانه من تمكن زيادة الشبهة فيها اذا انما حتمت الا لسنة يتمكن فيها زيادة ونقصان الا انهم تركوا القياس احياء للعقوف (قوله) ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وان كثرت) أى واشدة الحاجة اليها جوازنا الشهادة على

وقد

البديلية حقيقة ليس الا في المشهود به والاضافة بيانية (قوله لعدم جوازها) أقول فيه اعمال الضمير في

الظرف (قوله بين البديل والمبدل) أقول كالتيهم والوضوء وغسل الرجل ومسحها (قوله وأجيب بان البديلية الخ) أقول ويجوز أن يجاب بانه ليس فيما ذكره من الصور والجمع بين البديل والمبدل فالظهور أن الغرض من ليسا بديل عن الذي شهد بهما بل عن الذي لم يحضر هكذا سخر للبال القاتر ثم رأيت في شرح الكنتز لا علامة الزيلعي أنه أجاب بهذا فاشكرت الله تعالى (قوله فان المشهود به الخ) أقول فعلى هذا يجب أن لا يجوز الجمع بين دينك المشهود بهما فليأمل (قوله واذا ثبت البديلية) أقول أى شبهتها

وقد أمكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما تدرى بالشبهات كالحدود والقصاص (وتجوز شهادة شاهدين على شهادة الشاهدين) وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز الا الاربع على كل أصل اثنان لان كل

على قوله من حيث البدلية
يعنى أن فيها شبهة من حيث
أن فيها زيادة احتمال فان
في شهادة الاصول ثمة
الكذب لعدم العصمة وفي
شهادة الفرع تلك
التهممة من زيادة تهمة
كذبهم مع امكان الاحتراز
بجنس الشهود بان يزيدوا
في عدد الاصول عند
اشهادهم حتى ان تعذر
اقامة بعض قام بها الباقون
فلا تقبل في الحدود
والقصاص قوله (ويجوز
شهادة شاهدين) اى يجوز
ان يشهد شاهدان على
شهادة كل واحد من الاصلين
وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز
الآن يشهد على شهادة
كل واحد منهما شاهدان
غير اللذين شهدا على شهادة
الاخر فذلك اربع على
كل أصل اثنان لان كل
شاهدين قائمان مقام
واحد فصارا كالمرأتين
لما قامتا مقام رجل واحد لم
تم حجة القضاء بشهادتهما

جواز الشهادة على الشهادة والقياس أن لا تجوز لانها عبادة بدنية وجبت على الاصل وليست بحق للمشهود
له حتى لا تجوز الحصرمة فيها والاجبار عليها والزيادة في العبادة البدنية لا تجوز لان كثر قول انسان ينهى على
مثله و يلزمه ما نسب اليه وهو ينفيه ويبرأ منه انما عرف بحجة شرعاً عند سدور من احتمال الكذب وهو مافى
شهادة الاصول لعدم العصمة من الكذب والسهو فلا يكون حجة كذلك عند زيادة الاحتمال فكيف اذا كان
الثابت ضعف ذلك الاحتمال وهو في شهادة الفرعين وان اختلف محل الاداء لان محله في الاصلين في اثبات
حق المدعى وفي الفرعين ما يشهدان به من شهادة الاصلين ثم يرجع الى الحق المدعى به لكن لما كان الشاهد قد
يجوز عن الاداء ملوثة اول غيبته أو مرضه فيصير الحق أثبتاً أهل الاجماع صيانة لحقوق الناس لا يقال يستغنى
عن ذلك بجنس الشهود بان يشهد على كل حق عشرة مثلاً فيعدهم وت الكيل قبل دعوى المدعى لا نقول
المدعى جاز كونه وارث وارث صاحب الحق على مثله وقد انقضت الكيل فالحاجة متحققة اليها ولما كانت
الحقوق منها ما يحتاج في اثباته ومنها ما أوجب الشرع الاحتياط في درته وهو الحدود والقصاص لو اخرجنا فيها
الشهادة على الشهادة مع ثبوت ضعف احتمال الكذب كان خلاف الشرع والمصنف على هذا وما فيها من شبهة
البدلية فلو رد على هذا لو كانت بدلا لم تجز شهادة أصل مع فرعين اذ البدل لا يجمع الاصل ولا شيئاً منه وأجيب
بان البدلية هنا بحسب المشهود به فانما علمنا بثبوت المشهود به للاصول فيه شبهة كذا كرنا وبالشهادة على
شهادتهم تحسنت فيه شبهة أخرى لا بحسب شاهد الاصول لان شهادتهم عيان ولا يخفى ما فيه وبعد تحمله برده
الى التعليل الآخر وهو كثرة الاحتمال بأمل يسير فلا يكونان تعليلين وهو خلاف ما ذكره المصنف لاجرم أن
أصل السؤال غير وارد لانه انما ارد على حقيقة البدلية والمصنف انما قال فيه شبهة البدلية لاحقيةتها فان قيل
ذكر في المبسوط أن الشاهدين لو شهدا على شهادة شاهدين أن قاضى بل كذا حد فلان في قذف تقبل حتى ترد
شهادة فلان أجيب بان لا تنقض فان المشهود به فعل القاضى وهو ما يثبت مع الشبهات والمراد من الشهادة
بالحدود الشهادة بوقوع أسباب الموجبة لها فاورد أن فعل القاضى موجب لردها و ردها من حده فهو موجب
للحد أجيب بالنوع بل الموجب لردها ان كان من حده ما يوجب الحد والذي يوجب هو القذف نفسه على أن في
المحيط ذكر محمد في الزايدات لا تقبل هذه الشهادة (قوله وتجوز شهادة شاهدين) أو شهادة رجل وامرأتين
(على شهادة شاهدين) يعنى اذا شهدا على شهادة كل من الشاهدين فيكون لهما شهادتان شهادتهما معا على
شهادة هذا وشهادتهما أيضا على شهادة الاخر أو ما لو شهدا على شهادتهما معا على شهادة أصل
والاخر على شهادة الاصل الاخر فلا يجوز الا على قول مالك على ما نقل عنه في كتب أصحابنا لكن في كتب
أصحابه أنه لا يجوز في الجملة ان على قول أحمد وابن أبي ليلى وابن شبرمة والحسن البصرى والغنبرى وعثمان
البنى واسحق تجوز الشهادة لان الفرع قائم مقام الاصل بمنزلة رسوله في اتصال شهادته الى مجلس القضاء

شهادة الفرع ثم وثم الآن فيها شبهة البدلية فلا تقبل فيما تدرى بالشبهات كالحدود والقصاص كشهادة
النساء مع الرجال بل أولى لان شهادة النساء مع الرجال في صورة الخلف وليس بخلاف حقيقة حتى يجوز العمل
بشهادة رجل وامرأتين مع القدرة على استنهاد رجلين وهذه خلف حقيقة حتى لا يصار اليها الا عند العجز عن
شهادة سائر الاصول وان لم يشترط العجز عن شهادة سائر الاصول وقالوا ان معنى البدلية لا تقوى لان القاضى
يقضى بشاهدين شهدا بصلاب شهادة شاهدين على شهادة آخر ولا يجوز تكميل الاصل بالبدل كفى الوضوء
والتييم ويجوز القضاء بذلك مع القدرة على شهادة الاصول ولكن في الشهادة على الشهادة شبهة زائدة يمكن
الاحتراز عنها بجنس الشهود بان يكثر الاصول فاذا اظهر لبعضهم عذريته بقي بعضهم لان الشبهة في عامة الشهادات
ثبتت في المشهود به أحق هو ام لا وهما ثبتت شبهة زائدة في نفس الشهادة هل انها وجدت من الاصول أم لا

شاهدين قائمان مقام شاهد واحد فصلا كالمرايين ولنا قول على رضى الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الاشهاد
رجلين ولان نقل شهادة الاصل من الحقوق فهو شاهد بحق ثم شهد بحق آخر فتقبل (ولا تقبل شهادة
واحد على شهادة واحد) لما روينا وهو حجة على ما للفرع الله ولانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة
(وصفة الاشهاد أن يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي أنى أشهد أن فلان بن فلان أقر
عندى بكذا أو شهدنى على نفسه) لان الفرع

فكانه شهد بنفسه واعتبر به رواية الاخبار (ولنا ما روى عن على رضى الله عنه لا يجوز على شهادة رجل
الاشهاد رجلين) ذكره المصنف وهو بهذا اللفظ غريب والذي في مصنف عبد الرزاق أنا إبراهيم بن أبي يحيى
الاسلمى عن حسين بن ضمرة عن أبيه عن جده عن على قال لا يجوز على شهادة الميت الرجلان وأستاذ ابن أبي
شيبه حدثنا وكيع عن اسمعيل الأزرق عن الشعبي قال لا يجوز شهادة الشاهد على الشاهد حتى يكونا اثنين
ولان شهادة كل من الاصلين هي المشهود بها فلا بد أن يجتمع على كل مشهود به شاهدان حتى لو كانت امرأة
شاهدة مع الاصول لا يجوز على شهادتهما الرجلان أو رجل وامرأتان وقال الشافعى في أحد قوليه لا يجوز
واختاره المزنى لان الفرعين يقومان مقام أصل واحد كالمرايين ولا تقوم الحجة بهما كالمرايين لما قامتا مقام
الرجل الواحد لا يقضى بشهادتهما ولا أن أحدهما لو كان أصلا نشهد شهادة ثم شهد مع فرع على شهادة
الاصل الآخر لا يجوز اتفاقا فكذا إذا شهدا جميعا على شهادة الاصلين وفي قول آخر للشافعى يجوز كقولنا وهو
قول مالك وأحمد لما روينا من قول على رضى الله عنه فانه باطلا فانه ينظم حمل النزاع ولان حاصل أمرهما
أنهما شهدا بحق هو شهادة أحد الاصلين ثم شهدا بحق آخر هو شهادة الاصل الآخر ولا مانع من أن يشهد
شاهدان بحقوق كثيرة بخلاف أداء الاصل بشهادة نفسه ثم يشهد به على الاصل الآخر مع آخر فانه
انما لا يجوز لان فيه يجتمع البطلان والمبدل منسب بخلاف ما لو شهد شاهد به وشهدا ثلثان على شهادة الاصل
الآخر حديث يجوز وقوله (وهو حجة على مالك) فيه نظر اذ كتبهم باطلة بان شهادة الواحد على الاصل لا يجوز
وما ذكره المصنف رواية عنه وانما نقل هذا عن تقدم ذكره في الجملة لما تقدم من أن الفرع كرسول
وكرر رواية الاخبار ويدفعه ما ذكرنا عن على رضى الله عنه ولان كل واحد حق فلا يثبت الا باثنين وذكر في
المسئلة وعبد الحميد بن عيسى عن أحمد بن محمد عن فرعون بن عبد الله عن على بن واحد من الاصلين (قوله وصفة
الاشهاد) أى اشهاد شاهد الاصل شاهد الفرع (أن يقول شاهد الاصل له اشهد على شهادتي أنى أشهد أن
فلان بن فلان أقر عندى بكذا أو شهدنى على نفسه) وانما شرط اشهاد الاصل الفرع في شهادة الفرع (لانه

فان قيل ذكر في المبسوط ان الشاهدين اذا شهدا على شهادة شاهدين ان قاضى بلدة كذا ضرب فلانا حادق
قدف فهو جائز قلنا لان المشهود به فعل القاضى لانفس الحد وفعل القاضى مما ثبت بالشبهات وأما الذى
لا يثبت بالشبهات الاسباب الموجبة للعقوبة واقامة القاضى حد القذف ليست بسبب موجب للعقوبة فان
قيل أليس ان اقامة الحد مسقطا للشهادة بطريق العقوبة قلنا لا ولكن رد شهادته من تمام الحد فيكون
سببه ما هو السبب الموجب للحد وهو القذف (قوله ولنا قول على رضى الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا
شهادة رجلين فوجده التمسك به ما هو ان لا ترد على جواز الشهادة على الشهادة بالشاهدين مطلقا من غير
تقييد بان يكون بازاء كل أصل فرعان ومن قال به كان يقيد الاطلاق بغير دليل اذ لم يرو عن غيره خلافا وذلك
لا يجوز فان قيل ينبغي أن لا يجوز شهادة الفرعين عن اصلين لان الفرعين لما شهدا على شهادة أصل واحد
صارا بمنزلة أصل واحد ثم لو شهدا أيضا عن أصل آخر صارا بمنزلة أحد اصلين شهد عن نفسه وعن أصل آخر قلنا
الفرعان نصاب تام في الشهادة لانه شهادة رجلين اما الاصل الواحد فهو فرد غير متعد في نفسه فلا يصلح أن
يقوم مقام نفسه ومقام صاحبه لا تحققه قولا تقديرا (قوله من الحقوق) أى من حقوق الناس لانه يجب على
كل واحد من الاصلين أن يؤدى ما عليه اذا طالبه المدعى (قوله لما روينا) أى من قول على رضى الله عنه

(ولنا قول على رضى الله عنه لا يجوز على شهادة رجل
الاشهادة رجلين) فانه
باطل لانه يفيد الاكتفاء
بائنتين من غير تقييد بان
يكون بازاء كل أصل فرعان
(ولان نقل الشهادة)
معطوف على قوله ولنا قول
على معنى ومعناه ان نقل
شهادة الاصل حقيق
الحقوق فاذا شهدا بها فقد
نم نصاب الشهادة ثم اذا
شهد بشهادة الاخر شهدا
بحق آخر غير الاول
بخلاف شهادة المرأتين
فان النصاب لم يوجب لهما
بمنزلة رجل واحد ولا تقبل
شهادة واحد على واحد
خلاف ما لك قال الفرع
قائم مقام الاصل معبر عنه
بمنزلة رسوله في اصال شهادته
الى مجلس القاضى فكانه
حدس وشهد بنفسه واعتبر
هذان رواية الاخبار فان
رواية الواحد عن الواحد
مقبولة ولنا ما روينا عن
على رضى الله عنه وهو ظاهر
الدلالة على المراد ولانه حق
من الحقوق فلا بد من نصاب
الشهادة بخلاف رواية
الاخبار قال (وصفة الاشهاد
أن يقول شاهد الاصل الخ)
(قوله فانه باطلا فانه يفيد
الاكتفاء بائنتين الخ)
أقول ينظر فيه

لما فرغ من بيان وجه مشروعيها وكيفية الشهود والغرض من بيان كيفية الشهادة وأداء الغرض فقال وصيغة الشهادة أن يقول شاهد
الاصل شاهد الفرع أشهد على أن فلان بن فلان أقر عندى بكذا وأشهدنى على نفسه لان الفرع كالتائب عن الاصل فلا بد
من التعميل والتوكيل على ما مر وانما قال كالتائب عنه لما مر أن الفرع ليس بتائب عن الاصل في شهادته بل في المشهود به ولا بد أن يشهد
الاصل عند الفرع كما يشهد الاصل عند القاضي لينقله مثل ما سعه ويجوز أن يكون (٥٢٥) معناه كما يشهد الفرع عند القاضي

والاول أوضح لقوله لينقله
الى مجلس القضاء وان لم يقل
الاصل عند التعميل
أشهدنى على نفسه جاز لان
من سمع اقرار غيره حل له
الشهادة وان لم يقل له أشهد
قال (ويقول شاهد الفرع
الح) هذا بيان كيفية أداء
الغرض من الشهادة (يقول
شاهد الفرع عند الاداء
أشهد أن فلان بن فلان
أشهدنى على شهادته أن
فلانا أقر عنده بكذا وقال
أشهد على شهادتى بذلك
لانه لا بد من شهادته أعنى
الفرع وذكر شهادة
الاصل وذكر التعميل)
والعبارة المذكورة تنبى بذلك
كله وهو أوسط العبارات
(ولها) أى لشهادة الغرض
عند الاداء (ألفظ أطول من
هذا) وهو أن يقول الفرع
عند القاضي أشهد أن فلانا
شاهدنى أن فلان على
فلان كذا من المال
وأشهدنى على شهادته
فأمرنى أن أشهد على
شهادته وأنا أشهد على
شهادته بذلك الآن فذلك
ثمان شينات والمذكور ولا
خمس شينات (وأقصر منه)
وهو أن يقول الفرع عند

كالتائب عنه فلا بد من التعميل والتوكيل على ما مر ولا بد أن يشهد كما يشهد عند القاضي لينقله الى مجلس
القضاء (وان لم يقل أشهدنى على نفسه جاز) لان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم يقل له أشهد (ويقول
شاهد الفرع عند الاداء أشهد أن فلانا أشهدنى على شهادته أن فلانا أقر عنده بكذا وقال لى أشهد على
شهادتى بذلك) لانه لا بد من شهادته وذكر شهادة الاصل وذكر التعميل ولها ألفظ أطول من هذا

كالتائب عنه فلا بد من الاستنباط (وذلك بالتعميل بخلاف شهادة الاصل تجوز على المقر وان لم يحمله وكذا
كل من شاهد أمرا غير الشهادة أنه يشهد به وان لم يحمله كالقرار والبيع والغصب (على ما مر) يعنى في
فصل ما يحمله الشاهد وانما لم يقل لانه نائمه لانه لو كان حقيقة التائب لم يجز القضاء بشهادة فرعين على شهادة
أصل وأصل لا تمتنع الجمع بين الاصل والخلف لكنه جائز وقوله (ولا بد أن يشهد) أى شاهد الاصل (عند
الفرع كما يشهد) شاهد الاصل (عند القاضي لينقله الفرع الى مجلس القضاء وان لم يذكر) شاهد الاصل في
شهادته عند الفرع قوله (وأشهدنى) يعنى المقر (على نفسه) بذلك (جاز) لما ذكرنا أن غم من الفرق وإذا
وقع التعميل بما ذكر (فيقول شاهد الفرع عند الاداء أشهد أن فلان بن فلان) ويعرفه (أشهدنى على
شهادته أن فلانا أقر عنده بكذا) وقال لى أشهد على شهادتى بذلك) فلا بد من ذكر الفرع جرح شاهد الاصل
فلزم فيه خمس شينات وذلك (لانه لا بد للفرع من شهادته وذكر شهادة الاصل والتعميل) قال المصنف
(ولها) أى لشهادة الاداء من الفرع (لفظ أطول من هذا وأقصر) أما الاطول فان يقول أشهد أن
فلانا شهد عندى ان فلان على فلان كذا وأشهدنى على شهادته وأمرنى أن أشهد على شهادته وأنا
الآن أشهد على شهادته بذلك فيلزم ثمان شينات وأما الاقصر فان يقول الفرع أشهد على شهادة فلان بان
فلانا أقر عنده بكذا ففيه ثمان شينات وهو اختيار الفقيه أبى الليث واستاذ أبي جعفر وحكى فتوى شمس الأئمة
السرحدى به وهكذا ذكره محمد فى السبب الكبير وبه قالت الأئمة الثلاثة وحكى أن فقهاء زمن أبى جعفر
خالقوا واشترطوا زيادة تطويل فأخرج أبو جعفر الراوية من السير الكبير فانقادوا له قال فى الذخيرة فلو
اعتد أحد على هذا كان أسهل وكلام المصنف يقتضى ترجيح كلام القدورى المشتمل على خمس شينات حيث

وهو جهة على مالك فانه يجوز شهادة الواحد على شهادة الواحد لان الفرع قائم مقام الاصل معبر عنه بمنزلة
رسوله فى ايصال شهادته الى مجلس القاضي فكأنه حضر وشهد بنفسه واعتبر هذا رواية الاخبار فان رواية
الواحد عن الواحد مقبولة (قوله ولا بد أن يشهد كما يشهد عند القاضي) أى لا بد أن يشهد الاصل كما يشهد
عند القاضي لينقله شاهد الفرع الى مجلس القاضي ولا بد من التعميل وهو أن يقول أشهد على شهادتى ولا
يقول أشهد على ذلك لانه يحتمل أن يكون على أصل الحق المشهود به وهو أمر بالكذب وكذا لا يقول فأشهد
بشهادتى لانه يحتمل أن يكون مراده فأشهد بمثل شهادتى فيكون أمرا بالشهادة على أصل الحق (قوله لانه
لا بد من شهادته وذكر شهادة الاصل) لانه يشهد على شهادة الاصل (قوله وذكر التعميل) لم يشترط بعض
العلماء ذكر التعميل (قوله ولها ألفظ أطول من هذا) وهو أن يكون بقول الفرع بين يدي القاضي أشهد
أن فلانا شهد عندى أن فلان على فلان كذا من المال وأشهدنى على شهادته وأمرنى أن أشهد على شهادته
وأنا أشهد على شهادته بذلك الآن فيحتاج الى ذكر ثمان شينات وفيما ذكر فى الكتاب خمس شينات وما ذكر

القاضى أشهد على شهادة فلان بكذا وفيه ثمان ولا يحتاج الى زيادة شىء وهو اختيار الفقيه أبى الليث واستاذ أبي جعفر وهكذا ذكره محمد فى
السير الكبير

(قوله وذكر التعميل) أقول يكفى فى ذكر التعميل أشهدنى على شهادته أو أشهد على شهادتى فأحدهما من صان الاختلاف فينبى أن يكفى
بثلاث شينات

(ومن قال أشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول له أشهد على شهادتي لانه لا بد من التعميل) بالاتفاق أما عند محمد فلان القضاء عنده يقع بشهادة الاصول والغرور حتى اذا رجعوا جميعا اشتروا في الضمان يعني يتخير المشهود عليه بين تضمين الاصول والغرور وذلك انما يكون بطريق التوكيل ولا توكيل الا بامره وأما عندهما فلانه وان لم يكن بطريق التوكيل حتى لو أشهد انسانا على نفسه ثم منعه عن الاداء لم يصح منه وجازله (٥٣٦) أن يشهد على شهادته لكن لا بد له من نقل شهادة الاصول الى مجلس الحكم لتصير الشهادة

وأقصر منه وخبر الامور واسطها (ومن قال أشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول له أشهد على شهادتي) لانه لا بد من التعميل وهذا ظاهر عند محمد رحمه الله لان القضاء عنده بشهادة الغرور والاصول جميعا حتى اشتروا في الضمان عند الرجوع وكذا عندهما لانه لا بد من نقل شهادة الاصول ليصير حجة فيظهر تحميل ما هو حجة

حكاية وذكر ان ثم أطول منه وأقصر ثم قال (وخبر الامور واسطها) وذكر أبو نصر البغدادى شارح القدورى أقصر آخر وهو ثلاث شينات قال ويمكن الاختصار من جميع ذلك على ثلاث لفظات وهو أن يقول أشهد أن فلانا أشهدني على شهادته أن فلانا أقر عنده بكذا ثم قال وما ذكر صاحب الكتاب يعني القدورى أولى وأحوط ثم حكى خلافا بين أبي حنيفة ومحمد وبين أبي يوسف في أن قوله وقال لي أشهد على شهادتي شرط عند أبي حنيفة ومحمد فلا يجوز تركه وعند أبي يوسف يجوز قال وجه قولهما انه لم يقله احتمل أن يكون أمره أن يشهد مثل شهادته وهو كذب ويحتمل أنه أمره على وجه التعميل فلا يثبت الثاني بالشك ولا ييوسف ان أمر الشاهد محمول على الصحة ما أمكن فيحمل لذلك على التعميل انتهى والوجه في شهود الزمان القول بقولهما وان كان فيهم العارف المتدين لان الحكم للغالب خصوصا المخذوم المكسبة للدرهم وقولهم في اعطاء الصورة أشهد على شهادة فلان ونحوها المراد منه التمثيل والا فلا بد أن يعرف شاهد الاصل قال في الفتاوى الصغرى شهود الغرور يجب عليهم أن يذكر وأسماء الاصول وأسماء آبائهم وأجدادهم حتى لو قالنا شهد أن رجلين نعرفهما أشهدنا على شهادتهما أنهم ما شهدنا بكذا وقالوا لا نسميهم وأولنا تعرف أسمائهم لم تقبل لانهم ما تحملا بمجازة فلا عن معرفة (قوله ومن قال أشهدني الخ) أى اذا قال شاهد عند آخر أشهدني فلان على نفسه بكذا لا يسمع السامع أن يشهد على شهادته حتى يقول له أشهد على شهادتي بذلك ووجه المصنف بانه لا بد من التعميل أما عند محمد فلانه يقول باشتراك الاصول والغرور في الضمان اذا رجعوا ومعنى هذا أن محمد يتخير المشهود عليه بين تضمين الغرور والاصول وليس المراد ما يعطيه ظاهر اللفظ انما يضمن الشكل معافان اختار تضمين الغرور ولا يرجعون الى الاصول بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب يتخير المعضوب منه في تضمين أي ما شاء فان ضمن الغاصب رجوع على غاصبه وأما عندهما قال فلانه لا بد من التعميل (لانه لا بد من النقل) يعني الى مجلس القاضى (ليصير حجة فيظهر) بالنقل (تحميل ما هو حجة) يعني

حجة فانها ليست بحجة في نفسه ما لم تنقل ولا بد للنقل من التعميل ولقاتل أن يقول كلام المصنف مضطرب لانه جعل المطلوب في كلامه التعميل واستدل عليه بقوله لانه لا بد من النقل ليصير حجة وعطف عليه فيظهر بالنسب وذلك يقتضى أن يكون التعميل مما يحصل بعد النقل والنقل لا يكون الا بالتعميل ذكر في الفوائد الظهيرية قولهم في هذا الموضع لان الشهادة لا تكون حجة الا في مجلس القاضى فلا يحصل العلم للقاضى بقيام الحق بمجرد

(قوله يعني يتخير المشهود عليه) أقول كما يجيى في باب الرجوع عن الشهادات (قال المصنف فيظهر تحميل ما هو حجة) أقول فيه بحث فان المقصود انبات وجوب التعميل فن أن يثبت وجود التعميل حتى يستقيم قوله فيظهر تحميل ما هو حجة ولا يبعد أن يجعل التعميل بمعنى التحمل كما في قوله تعالى بفاحشة مبينة ويصح الكلام

في الكتاب هو اختيار شمس الاثمة الحلواني رحمه الله (قوله وأقصر منه) وهو أن يقول القرعى عند القاضى أشهد على شهادة فلان بكذا جاز وفيه شينات فلا يحتاج الى زيادة شيء وهو اختيار الفقيه أبي الليث رحمه الله واختيار أستاذ أبي جعفر وهكذا ذكر محمد رحمه الله في السير الكبير وحكى أن فقهاء زمن أبي جعفر كانوا يخالفون أبا جعفر في ذلك وكانوا يشترطون زيادة تطويل في أداء القرعى فانخرج الرواية من السير فانقادوا له فلو ائتمد أحد على هذا كان في سعة من ذلك وهو أسهل وأيسر كذا في الذخيرة والمغنى (قوله ومن قال أشهدني فلان على نفسه) أى أشهدني المقر على اقراره لم يشهد السامع على شهادته أى لا يحصل للاسامع أن يشهد على شهادته حتى يقول أشهد على شهادتي لانه لا بد من التعميل وهذا ظاهر عند محمد رحمه الله وذلك

حيث نذكر على ما أشار اليه الشيخ أكل الدين في فصل ما يتحمله الشاهد وقال الاتقاني قال قوله فيظهر بالنسب جواب النفي وهو قوله لا بد ويجوز أن يقال انه عطف على قوله ليصير ما هو فيه بحث قوله وذلك يقتضى أن يكون التعميل مما يحصل بعد النقل الخ) أقول هذا مسلم بل اللازم ظهور كون التعميل بما هو حجة بعد النقل (قوله قولهم في هذا الموضع الخ) أقول على ما صرف الهداية في فصل ما يتحمله الشاهد وأشار اليه هنا فاعلم أن قوله قولهم مبتدأ وخبره قوله مريض (قوله فلا يحصل العلم للقاضى) أقول هكذا فيها نظيره من نسخ العناية ومراج الرواية ولعله سهوا والصحيح فلا يحصل العلم للقرع

شهادة الاصل مرفي لان الفرع لا يسعه الشهادة على الشهادة وان كان الاصل شهد بالحق عند القاضي في مجلسه فلا بد من طريق آخر وهو أن الشهادة على الشهادة لا تجوز الا بالتحميل والتوكيل ووجه ذلك أن الاصل له منفعة في نقل الفرع شهادة من وجهه وهو أن الشهادة مسوقة على الاصل بسبب عليه اقامتها وياهم بكتما انما يتي وجد الطلب من الحق كماله كان عليه دين ومن عليه دين اذا تبرع انسان بقضائه عنه يجوز وان لم يكن بامر له فباعتبار هذا لا يشترط الامر لصحته فاعتبر أن فيها مضره من حيث انما اجتهت في بطلان ولايته في تنفيذ قوله على المشهود عليه بباطل ولايته بدون أمره مضره في حقه فباعتبار هذا يشترط الامر وصار كمن له ولاية في انكاح الصغيرة اذا انكحها اجنبى بغير أمره لا يجوز لمافيه من ابطال الولاية عليه وهذا كلام حسن لسد الخلل وأما عبارة المشايخ فهي مشككة ليس فيها اشعار بالمطلوب وقد تقدم لتأني هذا البحث كلام في أول الشهادات بوجه آخر مفيد والله أعلم قال (ولا تقبل) (٥٢٧) شهادة شهود الفرع الخ قد تقدم أن يجوز

الشهادة على الشهادة

مساس الحاجة فلا تجوز والم

وجود ولا تقبل الآن دعوى

الأصول أو يعيوا مسيرة

ثلاثة أيام أو يعرضوا مرضا

بمنعهم الحضور الى مجلس

الحكم لان الحاجة تتحقق

بهذه الاشياء العجز الاصول

عن اقامتها وانما اعتبر السفر

لان المعجز بعد المسافة ومدة

السفر بعيدة حكما حتى أدير

عليه اعدة أحكام كقصر

الصلاة والفطر وامتداد

السمع وعدم وجوب

الاصحية والاعتزلة

خروج المرأة بالمحرم

وزوج

(قوله لان الفرع لا يسعه

الى قوله عند القاضي في

مجلسه) أقول فيه بحث فانه

لو أراد انه لا يسعه بعد ما شهد

في مجلس القاضي ولم يحكم

بوجوبها فذلك كذلك الا

انه لا يلزمهم فان مرادهم

أنها لا تكون حجة الا في

قال (ولا تقبل شهادة شهود الفرع الآن بغير شهود الاصل أو يعيوا مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا أو يعرضوا مرضا لا يستطيعون معه حضور مجلس الحاكم) لان جوازها للحاجة وانما تنس عند عجز الاصل وهذه الاشياء يتحقق العجز وانما اعتبر بها لان المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما

شهادة الاصول وهذا الكلام يقتضى أن وجوب التحميل لو جوب النقل والنقل لا يتحقق الا بالتحميل حتى لو سمع شاهدا يقول لرجل اشهد على شهادتي الى آخره ليس له أن يشهد على شهادته لانه انما جازى غير محضرته فاذا نقل ظهر القاضي انه وجد الشرط وهو التحميل فتثبت عنده الحجة بخلاف ما لو سمع قاضيا يقول لا آخر قضيت عليك بكذا أو على فلان فانه يجب أن يشهد على قضائه بل لا يتحمل لان قضاءه حجة كالبيع والافرار بخلاف الشهادة ليست نفسها حجة حتى تصل الى القاضي ولما تامل أن يقول كون النقل الى القاضي والحجة تتوقف على التحميل شرعا مما يحتاج الى دليل ان لم يكن فيه اجماع الامة وهو متوقف على الاصح عند الشافعية والافلا تفارق على أن من سمع اقرار رجل له أن يشهد عليه بما سمع منه وان لم يشهد بل ولو منع من الشهادة بما سمع منه فاخراج الاقرار بشهادة الشاهد بشهادته على فلان يحتاج الى دليل من الشرع وذكر في الفتاوى الظهيرية في وجهه أمر آخر وهو أن الاصل له منفعة في نقل شهادته فان شهادته تحق عليه يلزمه اذا واما اذا طالب منه من هو له ومقتضى هذا أن لا يحتاج الى التوكيل والتحميل لان من عليه دين اذا تبرع انسان بقضاء دينه جاز وان لم يكن بامر له لكن فيها مضره اهدار ولايته في تنفيذ قوله على المشهود عليه فيتوقف على أمره ورضاه فيشترط كمن له ولاية انكاح صغيرة ولو انكحها انسان لا بامر له لا يجوز ذلك (قوله ولا تقبل شهادة شهود الفرع الآن بغير شهود الاصل أو يعيوا مسيرة ثلاثة أيام) ولياليها (فصاعدا أو يعرضوا مرضا لا يستطيعون معه حضور مجلس الحاكم لان جوازها للحاجة وانما تنس عند عجز الاصل وهذه الاشياء يتحقق العجز وانما اعتبر بها لان المعجز بعد المسافة) فقد رتب عسافة اعتبارها للشرع بعيدة حتى أثبت خصا عند هامن القطر

لان الشاهد الفرعى لا علم له بالحق لكنه ينقل شهادة غيره عند محضره انه بطريق التوكيل حتى لو رجع الاصول دون الفرع وجب الضمان على الاصول في قول محمد رحمه الله ولو رجع الاصول والفرع جميعا تخير المشهود عليه ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفرع ولا يصير الوكيل وكلاء عن الموكل الا بامر له وفي الغوائد الظهيرية ومعنى قوله حتى اشتركو في الضمان عند الرجوع أن المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفرع وليس معناه انه يقضى بالنصف على الاصول والنصف على الفرع بل هذا

مجلس القاضي اذا حكم بموجبها وان أراد انه لا يسعه بعد الحكم فافذلك لكونه الغوامم الكلام اذ يجب عليه أن يشهد بحكم القاضي حينئذ فليتنامل (قوله ووجه ذلك أن الاصل الخ) أقول مراد القوم أيضا ليس الا ذلك كما لا يخفى على ذي تامل فان الولاية تنفذ القول على الغير شاء أو أبى فليتم بحكم القاضي بشهادته لاظهار أن للاصول ولاية ولا يوجد ابطال ولايته فقوله لا يكون حجة الا في مجلس القاضي اشارة الى هذا المعنى (قوله لمافيه من ابطال الولاية عليه) أقول الى هنا كلام الغوائد الظهيرية (قوله وقد تقدم لنا الخ) أقول في فصل ما يتجمله الشاهد وقد تقدم لنا كلام على كلامه هناك فراجع قال المصنف (وبهذه الاشياء الخ) أقول الظاهر أن تقديم الجواز لا فائدة الحصر قال المصنف (والثاني أرفق) أقول أي بار باب الحقوق من الناس فان اليهود بما لا يقيموا الحسنة من مسيرة السفر لمافيه من الخرج فتوى الحقوق خصوصا في ذلك الزمان الذي ظهر التواني في الامور الدينية والمراد الرقي بالشهود وحديث لا يكاف ما فيه حرج عليه ولا يلزمه مشقة الحضور والظاهر هو

الاول بشهادة السباق

حتى أدبر عليها عدة من الأحكام فكذا سبيل هذا الحكم وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إن كان في مكان لو غدا
لأداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت في أهله مع الأشهاد أحياء لحقوق الناس قالوا الأول أحسن

والعصر وامتدادهم مع الخلف وعدم وجوب الاضحية والجمعة (وعن أبي يوسف أنه إن كان في مكان لا يستطيع
أن يبيت في أهله لو غدا لأداء الشهادة مع شهادة الغرو ع أحياء لحقوق الناس قالوا الأول أحسن) يعني من
جهة الدليل لموافقته حكم الشرع (والثاني أرفق أحياء لحقوق الناس) وفي الذخيرة كثير من المشايخ أخذوا
بهذه الرواية (وبه أخذ القسبة أبو الليث) وذكره محمد في السير الكبير وعن محمد بن جعفر الشهادة كيفما كان
حتى روي أنه إذا كان الأصل في زاوية المسجد فشهد الفرع في زاوية أخرى تقبل وقال الإمام السرخسي وغيره
يجب أن تجوز على قولهما خلافاً لأبي حنيفة بناء على جواز التوكيل بالخصوصة ويجوز عندهما بلارضاء الخصم
وعنده لا لارضاء والا قطع صرح به عنهما فقال أبو يوسف ومحمد تقبل وإن كانوا في المصر (فرع) *
خرس الاصلان أو عيماً أو جنناً أو أرنداً والعياد بالله تعالى أو فسقاً لم تجز شهادة الغرو ع وتجويز شهادة الابن
على شهادة الأب دون قضائه في رواية والصحيح الجواز فيهما ولو شهد واحد على شهادة نفسه وآخران على شهادة
غيره مع وتقبل الشهادة في النسب وكتاب القاضي إلى القاضي وفي الأصل لو شهد رجلان على شهادة رجل
وشهد أحدهما على شهادة نفسه في ذلك الحق فهو باطل لأن شهادة الأصل الحاضر على شهادة الأصل الغائب
غيره مقبولة لأنهم الوقيت ثبت بشهادة الأصل الحاضر ثلاثة أرباع الحق نصفه بشهادته وحده وربعه بشهادته
مع آخر على شهادة الأصل الغائب ولا يجوز أن يثبت بشهادة الواحد ثلاثة أرباع الحق كذا ذكره الإمام
السرخسي ولم يرد في شرح الشافعي على تعليقه بأن شهادته بشهادة نفسه أصل وشهادته على غيره بدل ولا يجتمعان
بخلاف ما لو شهد واحد على شهادة نفسه وآخران على شهادة آخر يصح ولو شهد على شهادة رجلين بشئ ولم
يقض بشهادتهما حتى حضر الاصلان ونهيا الغرو ع عن الشهادة مع النسي عند عامة المشايخ وقال بعضهم
لا يصح الاظهر الاول وتقبل الشهادة على الشهادة وإن كثرا وسعاً قول حاكم حكمت بكذا على هذا ثم نصب
حاكم غيره لهما أن يشهد أن القاضي قضى عليه وإن كانا معاً من القاضي في المصر أو سواه في رواية الحسن

(وعن أبي يوسف أنه إن كان
في مكان لو غدا لأداء الشهادة
لا يستطيع أن يبيت في
أهله مع الأشهاد) دعى
للخرج و (أحياء لحقوق
الناس قالوا الأول) أي
التقدم بثلاثة أيام (أحسن)
لأن التجزئ شراً عما يتحقق به كافي
سائر الأحكام التي عدناها
فكان موافقاً لحكم الشرع
فكان أحسن

كالغاصب مع غاصب الغاصب فلم يغصب منه أن يغصب أمهما شاء في الذخيرة فإن ضمن الغرو ع فالغرو ع
لا يرجعون على الأصول كافي باب الغصب لو ضمن المالك الغاصب الثاني لا يرجع به على الغاصب الاول وإن
ضمن الأصول لا يرجعون على الغرو ع أيضاً بخلاف ما لو ضمن المالك الغاصب حيث يرجع به على غاصب
الغاصب وأما عندهما فلأن الحكم وإن كان يضاف إلى الغرو ع حتى يجب الضمان عليهم دون الأصول
عند الرجوع ولكن تحملهم انما يصح إذا عاينوا ما هو حجة والشهادة في غير مجلس القضاء ليست بحجة فيجب
النقل إلى مجلس القاضي ليصير حجة ويظهر أن التحمل حصل بحاهو حجة فلما لم يكن بدمن النقل لم يكن بدمن
التحميل وفي الفوائد الظهيرية فقولهم في هذا الموضع لأن الشهادة لا تكون حجة إلا في مجلس القضاء فلا
يحصل العلم للغرو ع بقيام الحق بمجرد شهادة الأصول مزيف لأن الفرع لا يسمع الشهادة على الشهادة إن كان
الأصل شهد بالحق عند القاضي في مجلسه فلا بد له من طريق آخر وهو أن الشهادة على الشهادة لا تجوز إلا
بالتحمل ووجه ذلك أن الأصل له منفعة في نقل الفرع شهادته من وجهه وهو أن الشهادة حق مستحق على
الأصل يجب عليه أقامتها ويأثم بكتمة ما نهى عن وجدها الطلب بمن له الحق كماله كان عليه دين ومن عليه الدين إذا
تبرع الإنسان بقضائه عنه يجوز أن لم يكن بأمره فباعاً بهذا لا يشترط الأمر لصحتها غير أن فيها مضرة من حيث
انها حجة في بطلان ولايته في تنفيذ قوله على المشهود عليه وإبطال ولايته بدون أمره مضرة فباعاً بهذا لا يشترط
الأمر بصحتها وصار هذا كمن له ولاية في انكاح الصغيرة إذا نكحها أجنبي بغير أمره لا يجوز لمبايعه من إبطال
الولاية عليه (قوله حتى أدبر عليها عدة من الأحكام) نحو قصر الصلاة والغط في الصوم وامتداد مع الخلف إلى
ثلاثة أيام وعدم وجوب تكبيرات التشريق على قول أبي حنيفة مفرجه الله والاضحية والجمعة وحرمة خروج

(والثاني أرفق به أخذ الفقيه أبو الليث) وكثير من المشايخ وروى عن أبي يوسف ومحمد أنها تقبل وإن كانوا في المصر لانهم يقولون قولهم فكان كقول إقرارهم (فإن عدل شهود الأصل شهود الفروع جاز) وحاصل ذلك أن الفرع إذا شهد على شهادة أصليين فهو على وجه أربعة إما أن يعرفها القاضي أو لا يعرفها أو يعرف الأصول دون الفروع أو بالعكس فإن عرفها بالعدالة قضى بشهادتهما وإن لم يعرفها يسأل عنهما وإن عرف الأصول دون الفروع يسأل عن الفروع وإن عرف الفروع يسأل عن الأصول فإن عدل الفروع والأصول تثبت عدالتهما بذلك في ظاهر الرواية لانهم من التزكية لسكونهم على صفة الشهادة (وكذا إذا) (٥٢٩) شهد شاهدان فعدل أحدهما الآخر صحيحا بلنا) أنه

من أهل التزكية وقوله (غاية الأمر) رد لقول من يقول من المشايخ لا يصح تعديله لأنه يريد تنفيذ شهادة نفسه بهذا التعديل فكان متهما فإشارته إلى رده بقوله غاية الأمر أي غاية ما يرد فيه من أمر الشهادة أن يقال ينبغي أن لا يصح تعديله لأنه متهم بسبب (أن في تعديله منفعة) له من حيث تنفيذ القاضي قوله على ما شهد به (لكن العدل لا يثبت بمثله كما لا يثبت في شهادة نفسه فإنه يحتمل أن يقال إنما شهد فيما شهد لصبره مقبول القول فيما بين الناس عند تنفيذ القاضي قوله على موجب ما شهد به وإن لم يكن له شهادة فيه في الواقع (كيف) يكون ذلك ما عاونه ليس له في الحقيقة نفس يغوت بترك التعديل (لأن قوله في نفسه مقبول وإن ردت شهادة صاحبه)

والثاني أرفق به أخذ الفقيه أبو الليث قال (فإن عدل شهود الأصل شهود الفروع جاز) لانهم من أهل التزكية (وكذا إذا شهد شاهدان فعدل أحدهما الآخر صحيح) لما قلنا غاية الأمر أن فيه منفعة من حيث القضاء بشهادته لكن العدل لا يثبت بمثله كما لا يثبت في شهادة نفسه كيف وإن ردت شهادة صاحبه فلا حاجة قال (وإن سكتوا عن تعديلهم جاز ونظر القاضي في حالهم) وهذا عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا تقبل لأنه لا شهادة إلا بالعدالة فإذا لم يعرفوها لم يثبتوا الشهادة فلا يقبل ولا ييوسف رحمه الله أن المأخوذ عليهم النقل دون التعديل لأنه قد يخفى عليهم وإذا نقلوا يتعرف القاضي العدالة كما إذا حضروا بأنفسهم وشهدوا

عن أبي حنيفة وهو الأقوى وعن أبي يوسف لا يجوز أن يسمعه في غير مجلس القاضي وهذا أحوط (قوله) فإن عدل شهود الأصل (الح) شهود الأصل منصوب بمفعول لا شهود الفروع فاعل والحاصل أنه إذا شهد الفرعان فإن علم القاضي عدالة كل من الفروع والأصول قضى بموجب الشهادة وإن لم يعلم عدالة الأصول وعلم عدالة الفروع وسأل الفروع عن عدالة الأصول فإن عدلوا هم جاز لانهم من أهل التزكية فقبل (وكذا لو شهدا ثلثان فعدل أحدهما) وهو معلوم العدالة للقاضي (الآخر جاز) بخلاف القول ببعض المشايخ أنه لا يجوز لأنه متهم في ذلك حيث كان بتعديله رفيعه يثبت القضاء بشهادته وذلك ما أشار إليه المصنف بقوله (غاية الأمر أن فيه منفعة إلى آخره) لكن العدل لا يثبت بمثله كما لا يثبت في شهادة نفسه (يعني أن شهادة نفسه تتضمن مثل هذه المنفعة وهي القضاء بما فكأنه لم يعتبر الشرح مع عدالته ذلك ما نعلمنا نحن فيه (وإن سكتوا) أي الفروع عن تعديل الأصول حين سألهم القاضي (جازت) شهادة الفروع (ونظر القاضي) في حال الأصول فإن عدلهم غيرهم قضى والا (وهذا عند أبي يوسف وقال محمد) إذا سكتوا أو قالوا لا يعرف عدالتهم (لا تقبل) شهادة الفروع لأن قبولها باعتبار أنها قبل شهادة ولم تثبت شهادة الأصول فلا تقبل شهادة الفروع (ولا ييوسف أن المأخوذ أي الواجب (على الفروع ليس الانقل) ما حلهم الأصول (دون تعديلهم) فإنه قد يخفى حالهم عنهم فإنهم إذا نقلوا ما حلهم على القاضي أن يتعرف حالهم منهم أو من غيرهم وصار كالحاضر الأصول بنفسيهم وشهدوا وحينئذ ظهر أن ليس سؤال القاضي الفروع عن الأصول لازما عليه بل المقصود أن يتعرف حالهم غير أن الفروع حاضرون وهم أهل التزكية كانوا عدولا فسدوا وأقرب للمسافة من سؤال غيرهم فإن كان عندهم علم فقد قصرت المسافة والاحتياج إلى تعرف حالهم من غيرهم كذا ذكر الخلاف الناصح في تهذيب أدب القاضي للخصاف وصاحب الهداية وذكر شمس الأئمة فيما إذا قال الفرع حين سألهم القاضي عن عدالة

المرأة من غير محرّم أو زوج (قوله والثاني أرفق) وهو ما قال أبو يوسف رحمه الله أنه إن كان في مكان لو غدا الأداء الشهادة لا يستطیع أن يبيت في أهله وذكر في الذخيرة بعد ذكر قول أبي يوسف رحمه الله وكثير من المشايخ أخذوا بهذه الرواية ثم قال وروى عن محمد رحمه الله أن الشهادة على الشهادة تجوز كيفما كان

(٦٧ - فتح القدير والكفاية - سادس) سكتوا عن تعديلهم (وقالوا لا تخبرك) (جازت) شهادتهم (و) (لكن) ينظر القاضي في حال الأصول) بأن يسأل من التزكين غير الفروع (عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد لا تقبل) شهادة الفروع (لأنه لا شهادة إلا بالعدالة فإذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل ولا ييوسف أن المأخوذ عليهم نقل الشهادة دون تعديل الأصول لأن التعديل قد يخفى عليهم فإذا نقلوا فقد أقاموا ما وجب عليهم ثم القاضي (يتعرف العدالة كما إذا حضر الأصول بأنفسهم وشهدوا) وإذا قالوا لا يعرف أن الأصول عدلوا أو لا قبل ذلك فقولهم لا تخبرك سواء وكله أشار إليه بقوله فإذا لم يعرفوها وقال شمس الأئمة الحلواني لا يرد القاضي شهادة فروع ويسأل عن الأصول غيرهما وهو

(قوله وكله أشار إليه الخ) أقول وجه الإشارة أنهم لو عرفوها لا يخبروا بها إنهم لو قالوا لا تخبروا بها السكت أو ضمن في ذلك

الصحيح لان شاهد الاصل بقي مستورا (وان أنكر شهود الاصول الشهادة) بان قاروا ما لنا في هذه الحادثة شهادة ثم جاء الغرور بشهودهم
بشهادتهم (لم تقبل شهادة شهود (٥٣٠) الفرع لان التحميل لم يثبت بالتعارض بين خبر الاصول وخبر الغرور وهو) أي التحميل

قال (وان أنكر شهود الاصول الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع) لان التحميل لم يثبت بالتعارض بين
الخبرين وهو شرط (واذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الغلانية بالف درهم وقالوا أخبرنا
أنهما يعرفانها بخاء بامرأة وقال لا ندري أي هذه أم لا فانه يقال للمدعى هات شاهدين يشهدان أنها
الاصول لا تخبرك بشئ لم تقبل شهادتهما أي الغرور في ظاهر الرواية لان هذا ظاهر في الجرح كقولوا
نتهمهم في هذه الشهادة ثم قال وروى عن محمد رحمه الله أنه لا يكون جرحا لانه يحتمل كونه توقيفا في حالهم فلا
يثبت جرحا باسك انتهى وعن أبي يوسف مثل هذه الرواية عن محمد أنها تقبل ويسأل غيرهما ولو قالوا لا نعرف
عدا لهما ولا عدهما فكذلك الجواب فيما ذكره أبو علي السغدري وذكر الحاصل وانها تقبل ويسأل عن
الاصول وهو الصحيح لان الاصل بقي مستورا فبإسالة عنه وذكر هشام عن محمد بن عدل أشهد على شهادته
شاهدين ثم غاب غيبة منقطعة نحو عشرين سنة ولا يدري أي هو على عدالة أم لا فشهد على تلك الشهادة ولم يجد
الحاكم من يسأله عن حاله ان كان الاصل مشهورا كابي حنيفة وسفيان الثوري قضى بشهادتهما مع انه لان
عثرة المشهور يتحمل بها وان كان غير مشهور ولا يقضى به ولو أن فرعين معلوما عدل لهما شاهدان أصل وقالوا
لا خبر فيه وزكاه غيرهما لا تقبل شهادتهما وان قال ذلك أحدهما لا يلتفت الى جرحه وفي التهمة اذا شهد أنه
عدل وليس في المصر من يعرفه فان كان ليس موضع للمسألة يعني بان تخفى فيه المسألة سألهما عنه أو بعث من
يسألهما عنه سرافان عدلا قبل والا اكتفى بما أخبرا علانية (قوله وان أنكر شهود الاصول الشهادة لم تقبل
شهادة شهود الفرع) لان انكارهما الشهادة انكار للتحميل وهو شرط في القبول فوقع في التحميل تعارض
خبرهما بوقوعه وخبر الاصول بعدمه ولا يثبت مع التعارض (قوله واذا شهد رجلان على شهادة رجلين على
فلانة بنت فلان الغلانية بالف درهم) هكذا عبارة الجامع وتما فيه فيقولان قد أخبرنا أنهما يعرفانها
ويجيئان بامرأة فيقولان لا ندري أي هذه أم لا قال يقال للمدعى هات شاهدين يشهدان أنها فلانة
الغلانية بعينها فاجبر الشهادته والمصنف أفرد فقال (بخاء بامرأة) يعني المادعي جاء بهما وهو أنسب وهذا

حتى روي انه اذا كان الاصل في زاوية المدعى فشهد الفرع على شهادته في زاوية أخرى من ذلك المسجد تقبل
شهادتهم فان عدل شهود الاصول شهود الفرع جاز لان شاهد الفرع اذا صلح من كيا فاسلا فرق بين تركيبة
وتركيبة غيره وكذا اذا شهد شاهدان فعدل أحدهما الآخر صريح لما قلناه انه أهل التركيبة غاية الامر أي غاية
ما يورده من أمر الشبهة أن يقال ينبغي أن لا يصح تعديله لانه منهم بسبب أن في تعديله منفعته من حيث انه
ينفد القاضي قوله على موجب ما يشهد به لكن العدل لا يتهم بانه كجاليهم في شهادة نفسه مع احتمال انه
لغيا يشهد ليصير مقبول القول وان لم يكن له شهادة كيف يتهم وان قوله مقبول في نفسه وان ردت شهادة
صاحبه فلا تخمة وعن محمد رحمه الله لا تثبت عدالة الاصول بتعديل الغرور والصحيح ظاهر الرواية وان قال
الفرعان لا تخبرك لا يقبل القاضي شهادتهما عن أبي يوسف رحمه الله اذا قال الفرعان لا تخبرك يسأل غير
الفرعين عن الاصول ولو قال الفرعان لا نعرف الاصل أعدل أم لا قال الشيخ الامام أبو الحسن على السغدري
رحمه الله هو وقول الفرع لا تخبرك سواء وقال شمس الاثمة الحلواني رحمه الله اذا قال لا نعرفه أعدل أم لا لا يرد
القاضي شهادتهما ويسأل عن الاصول غيرهما هذا هو الصحيح لان شاهد الاصل بقي مستورا وأما اذا شهد
شاهدان عند القاضي بشئ والقاضي يعرف عدالة أحدهما ولا يعرف عدالة الآخر فعليه هذا العدل يختلف
المشايع فيه قال بعضهم يصح تعديله كقول عدله رجل غيره وقال بعضهم لا يصح تعديله لانه يرد تنفذه شهادة
نفسه بذات التعديل فكان متما ولا يصح تعديله (قوله وان أنكر شهود الاصول الشهادة لم تقبل شهادة
شهود الفرع) ومعنى المسئلة أنهم قالوا لما لنا شهادة على هذه الحادثة وما توأوا وغابوا ثم جاء الغرور ع يشهدون على

(شرط) صحة شهادة الغرور
قال (واذا شهد رجلان
على شهادة رجلين الخ)
اذا شهد فرعان على شهادة
أصلين (على فلانة بنت فلان
الغلانية بالف درهم وقال
أخبرنا) الاصلان (أنهما
يعرفانها بخاء المدعى بامرأة
وقال) الفرعان (لا نعلم أي
هذه أم لا يقال للمدعى هات
شاهدين يشهدان أنها هي

قال المصنف (وان أنكر
شهود الاصل الشهادة)
أقول قال الزيلي أي
الاشهاد ومعناه اذا قال
شهود الاصل لم يشهدهم على
شهادتنا فأتوا أو غابوا ثم جاء
الغرور ع وشهدوا عند
الحاكم لم تقبل شهادتهم لان
التحميل شرط ولم يثبت

للتعارض بين الخبرين انتهى
وفي الكافي معنى المسئلة أنهم
قالوا ما لنا شهادة على
هذه الحادثة وما توأوا وغابوا ثم
جاء الغرور ع يشهدون على
شهادتهم هذه الحادثة أمامه
بحضرتهم فلا يلتفت الى
شهادة الغرور وان لم
ينكر وانتهى فظهر مما
ذكره الزيلي وما في
الكافي أن الحكم واحد
سواء أنكر الاصول
شهادتهم بنفس الحادثة أو
أنكروا وشاهدوا الغرور
على شهادتهم نعم ظاهر كلام

الهادية على ماصوره في الكافي لا على ماصوره الزيلي فانه قال الشهادة لا الاشهاد (قول المصنف بخاء بامرأة) فلاتة
الخ) أقول لعل الغاء لترتيب الذكرى اذ لا يسمع الشهادة قبل حضور الخصم أو قوله ثم ردت رجلان بمعنى أرادوا الشهادة ولعل هذا هو الاولى

لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعى يدعى الحق على الحاضرة واعلمها غير هاتين من ثمر يفهما تلك النسبة وتظهر هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدود بذكر حدودها وشهدوا على المشتري) بعدما أنكر أن يكون المحدود بها في يده (لا بد من) شاهدين (آخرين يشهدان بأن المحدود بها في يد المدعى عليه، وكذا اذا قال المدعى عليه الذي في يده غير محدود بذكر الحدود وكذلك اذا كتب قاضي بلد الى آخر) شاهدان شهدا عندي أن فلان بن فلان على فلان بن فلان كذا فاقض عليه بذلك فاحضر المدعى فلان في مجلس القاضي المكتوب اليه ودفع اليه الكتاب يقول القاضي هات شاهدين يشهدان أن هذا الذي أحضرته هو فلان المذكور في (٥٣١) هذا الكتاب لئلا يكون الاشارة اليه في

القضاء (لانه) أي كتاب القاضي الى القاضي (في معنى الشهادة على الشهادة الا أن القاضي لئلا ياتيه ووفور ولايته ينفرد بالنقل) فلا يلزم ما قبل تمثيل كتاب القاضي الى القاضي بشهادة القرويع غير مناسب اذ العدد من شأنهم دون الكتاب لان ديانتهم ووفور ولايته قام مقام العدد (ولو قال الشهود في هذين البابين) يعني باب الشهادة وباب كتاب القاضي فلانة (التميمية)

وبدل عليه قول الامام الترمذاني لئلا يكون للشاهد الاشارة اليها في الشهادة قال المصنف (وتظهر هذا الى قوله في يد المدعى عليه) أقول قال في النهاية ثم فائدة كون المحدود في يد المشتري حالة الدعوى تظهر اذ ادعى الشفيع ان فلانا باع والمحدود في يد المشتري ولى حق الشفعة وأما لو كان المدعى هو البائع يطالب المشتري بالثمن فلا حاجة الى كون المبيع في يد المشتري لان للبائع ولاية مطالبة الثمن

فلانة) لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعى يدعى الحق على الحاضرة واعلمها غير هاتين من ثمر يفهما تلك النسبة وتظهر هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدود بذكر حدودها وشهدوا على المشتري لا بد من آخرين يشهدان على أن المحدود بها في يد المدعى عليه، وكذا اذا أنكر المدعى عليه أن الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده قال (وكذا كتاب القاضي الى القاضي) لانه في معنى الشهادة على الشهادة الا أن القاضي لئلا ياتيه ووفور ولايته ينفرد بالنقل (ولو قالوا في هذين البابين التميمية

(لان الشهادة) بالالف (على المعرفة بالنسبة قد تحققت) بالشهادة المذكورة للفرع (والمدعى يدعى) الالف (على حاضرة جاز كونها غير هاتين من ثمر يفهما تلك النسبة) التي بها شهدا بالالف عليها قال المصنف (وتظهر هذا اذا تحملوا شهادة ببيع محدود) قال قاضيان وهذا كرجلين يشهدان أن فلانا اشترى دارا في بلد كذا محدود كذا ولا يعرفان الدار بعينها يقال للمدعى هات شاهدين يشهدان أن هذه الارض المحدودة بمذم الحدود في يد هذا المدعى عليه ليصح القضاء وهذا التصور أوفق بالكتاب حيث قال تحملوا الشهادة ببيع محدود ذكر الترمذاني وجه الله وصار كرجل ادعى محدودا في يده رجل وشهد شهوده أن هذا المحدود المذكور به هذه الحدود ملكه وفي يد المدعى عليه بغير حق فقال المدعى عليه الذي في يده غير محدود بهذه الحدود التي ذكرها الشهود يقال للمدعى هات شاهدين أن الذي في يده محدود بهذه الحدود ثم تصور المصنف يصدق فيما اذا كان المدعى شفعيا والمحدود في يد المشتري فادعاه اطلب الشفعة فقال المشتري العين الذي في يدي بطريق الشراء ليس بهذه الحدود ثم قال المصنف (قال) يعني مجدا في الجامع المغير (وكذلك كتاب القاضي الى القاضي) فانه ذكر فيه المسالتين فانه قال بعد قوله فاجيز الشهادة وكذلك كتاب القاضي الى القاضي بشهادة شاهدين وقال أبو حنيفة رحمه الله (ان قالوا في هذين البابين التميمية

شهادتهم بهذه الحادثة امامهم حضرهم فلا يلتفت الى شهادة الفرع وان لم ينكر وا وهذا لان التجميع شرط وقد فات للعارض بين الخبرين (قوله يشهدان على المحدود في يد المدعى عليه) وفائدة كون المحدود في يد المشتري حالة الدعوى تظهر اذ ادعى الشفيع أن فلانا باع والمحدود في يد المشتري ولى استحقاق الشفعة اما لو كان المدعى هو البائع يطالب المشتري بالثمن فلا حاجة الى كون المحدود في يد المشتري (قوله وكذلك كتاب القاضي الى القاضي) أي اذا أورد كتاب القاضي الى القاضي وفيه شهد بين يدي فلان بن فلان على فلان بن فلان بكذا من المال وأنكر ذلك الرجل أن يكون هو فلان بن فلان لا يكون الكتاب حجة في حقه ما لم يشهد آخر ان انه فلان بن فلان وهذا لان كتاب القاضي لنقل الشهادة كالتشهاد على الشهادة الا أن القاضي يولايته وأمانته يتفرد بالنقل (قوله ولو قالوا في هذين البابين) أي في الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي الى القاضي فلانة بنت فلانة التميمية لم يجز حتى ينسبوا الى أخذها وهي القبيلة الخاصة الغضو وآخر القبائل الست كذا في الصحاح وفي الكشف قوله تعالى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا الشعب الطليقة الاولى من الطبقات الستة التي عليها العرب وهي الشعب والقبيلة والعمارة والبطن والغضو لفصيلة فالشعب بجميع

من المشتري سواء كان في يد البائع أو في يد المشتري انهم يظهر أيضا اذا ادعى المدعى الاستحقاق واثبات المبيع حيث دلان كون المحدود للبائع قد يكون مشهورا والمدعى عليه يدعي بناء عليه بان يده ليست بخصومة ولا يندفع ذلك الا باثبات الشراء فتأمل (قوله فجاء المدعى بأسرة) أقول أنكرت انها اياها (قوله وتظهر هذا اذا تحملوا الى قوله في يده الخ) أقول فيه أن دعوى العقار لا بد أن يشهدوا على كون المدعى في يد المدعى عليه وان اعترف هو به لى ما سيجيء (قوله الذي في يدي الخ) أقول قوله الذي في يدي مبتدأ وقوله غير محدود خبر (قوله ودفع اليه الكتاب الخ) أقول وأنكر المدعى عليه كونه فلان بن فلان

لم يجوز حتى ينسبوها الى نغذها) وهي القبيلة الخاصة وهذا لان التعريف لا بد منه في هذا ولا يحصل بالنسبة الى العامة وهي عامة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصلون وبحصل بالنسبة الى النغذ لانها خاصة وقيل الفرغانية نسبة عامة والاوز جنسية خاصة وقيل السمرقندية والبخارية عامة وقيل

لم يجوز حتى ينسبها الى نغذها) الى هنا لفظ الجامع الصغير يعني أن القاضي اذا كتب في كتابه الى القاضي الآخران شاهدين عدلين شهدا عندى أن لقمان بن فلان القلاني على فلانة بنت فلان القلانية مائة درهم فاقض عليها بذلك فاحضر المرتضى امرأته في مجلس القاضي المكتوب اليه وقال هي هذه يقول المكتوب اليه هات شاهدين يشهدان أن التي أحضرتها هي فلانة بنت فلان القلانية المذكورة في هذا الكتاب لتمكن الإشارة اليها في القضاء عليها وقوله (الآن القاضي الخ) جواب عن مقدمه وهو أنه اذا كان في معنى الشهادة على الشهادة ينبغي أن لا يقبل قول القاضي وحده لانه كشاهد الفرع شهد على الاصول بما شهدوا به فقال ان القاضي زيادة وفور ولا يثبت للشهود فقامت تلك مع ديانتهم مقام قول الاثنين فانفرد بالنفس ثم قال المصنف قالوا قالوا في هذين فلفظ قال أياضاً على ما ذكرنا من قول المصنف نقلاً لفظ الجامع على ما نقلناه آنفاً أي قال في الجامع قال أبو حنيفة لا نقول في هذين البابين أي الشهادة على الشهادة وكتب القاضي الى القاضي هي فلانة بنت فلان التميمية لم يكف حتى ينسبوها الى نغذها بل بالقبيلة الخاصة التي ليس دونها أخص منها وهذا على أحد قولي اللغويين وهو في الصحاح وفي الجوهري جعل النغذ دون القبيلة وفوق البطن وأنه بتسكين الخاء والجمع أعفاذ وجهه في ديوان الادب بكسر الخاء وأنه أقل من البطن وكذا ذكر صاحب الكشاف وأبو بكر فقال والعرب على ست طبقات شعب وقبيلة وعجزة وبطن ونغذ وفصيلة فالشعب تجمع القبائل والقبيلة تجمع العمارات والعمارة تجمع البطون والبطن تجمع الانغاذ والنغذ يجمع الفصائل فضر شعب وكذا ربيعة ومنه جوجير وسميت شعوباً لان القبائل تنسب منها وكأنه قبيلة وقرش عبارة وقصى بطن وهاتم نغذ والعباس فصيلة وعلى هذا فلا يجوز الاكتفاء بالنغذ ما لم ينسبها الى الفصيلة لانها دونها ولهذا قال تعالى وفصيلته التي تؤويه وقدمنا في فصل الكفاءة من ذكر بعد الفصيلة العشرية والعمارة بكسر العين والشعب بفتح الشين وأسلفنا هنا ذكرها منطومة في شعر ثم اغتم بالكتف بذكر نحو التميمية لانها نسبة عامة فلا يحصل بها التعريف وهو المقصود بذلك ونقل في الفصول عن قاضيات ان حصل التعريف باسمه واسم أبيه ولقبه لا يحتاج الى ذكر الجد وان كان لا يحصل بذكر الاب والجد لا يكفي بذلك وفي الفصل العاشر من فصول الاستروشن رأيت بخط ثعلب ذكر اسم واسم أبيه ونغذه وصناعته ولم يذكر الجد قبله وشرط التعريف ذكر ثلاثة أشياء فعلى هذا لو ذكر لقبه واسم أبيه ونغذه هل يكفي فيه اختلاف المشايخ والصحيح أنه لا يكفي وفي اشتراط ذكر الجد اختلاف فاذا قضى القاضي بدون ذكر الجد ينغذ لانه وقع في فصل مجتهد فيه قال كذا رأيت في بعض الشروط ولا يخفى أن ليس المقصود من التعريف أن ينسب الى أن يعرفه القاضي لانه قد لا يعرفه ولو نسبته الى ما تشددوا الى صناعته ومجانبته بل ليثبت بذلك الاختصاص وزول الاشتراك فانه قلما يتفق اثنان في اسمهما واسم أبيهما وجدتهما أو صناعتهما ولقبهما فما ذكر عن قاضيات من أنه لو لم يعرف مع ذكر الجد لا يكفي بذلك الا وجهه من ان في الفصول من أن شرط التعريف ذكر ثلاثة أشياء غير أنهم اختلفوا في اللقب مع الاسم هل هما واحداً ولا ونظير ما ذكر في النسب ما ذكر في النسبة الى البلدان في حق من لا يعرف له نسبة الى جده مشهور ومثل أن يقول الفرغانية وكذا البغية كذا كره أبو الليث (وقيل السمرقندية والبخارية عامة) بخلاف الاوز جنسية (وقيل) في النسبة القبائل والقبيلة تجمع العمارة والعمارة تجمع البطون والبطن تجمع الانغاذ والنغذ يجمع الفصائل خزمية شعب وكذا ربيعة وقصى بطن وهاتم نغذ والعباس فصيلة وسميت الشعب لان القبائل تنسب منها فعلى هذا لا يكون النغذ هي القبيلة الخاصة والمراد بالنغذ في الكتاب القبيلة الخاصة وفي

لم يجوز حتى ينسبوها الى نغذها وهي القبيلة الخاصة (نغذها وهي القبيلة الخاصة) يعني التي لخاصة دونها قال في الصحاح النغذ آخر القبائل الست أولها الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم النغذ وقال في غيره ان الفصيلة بعد النغذ فالشعب بفتح الشين يجمع القبائل والقبائل يجمع العمارات والعمارة بكسر العين يجمع البطون والبطن يجمع الانغاذ والنغذ بسكون الخاء يجمع الفصائل (وهذا) أي عدم الحسوز (لان) التعريف لا بد منه ولا يحصل بالنسبة العامة والتميمية عامة) بالنسبة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصلون فكيف تكون بينهم نساء المتحدات أساميين وأسامى آبائهم (ويحصل بالنسبة الى) النغذ لانها خاصة

(قوله قال في الصحاح النغذ آخر القبائل الخ) أقول هذا يدل على أن القبيلة قد تطلق على كل واحد من هذه الست فيكون مشتركاً أو يراز على سبيل التغليب (قوله والقبائل تجمع الخ) أقول والظاهر أن يقال والقبيلة الخ

ثم التعريف وان كان يتم
بذكر الجدة عند أبي حنيفة
ومحمد رحمه الله خلافاً لأبي
يوسف رحمه الله على ظاهر
أروايات ذكر التعريف يقوم
مقام الجد لان الغضاسم
الجد الاعلى فنزل منزلة
الجد الأدنى في النسبة وهو
أب الأب * (فصل) *
قال أبو حنيفة رحمه الله شاهد
الزور اشهره في السوق
الح) شاهد الزور وهو
الذي أقر على نفسه انه شهد
بالزور أو شهد بقتل رجل
بغاة حيا به زور وشهير
تعزيره عند أبي حنيفة
فقوله ولا اعززه يعني
لا اضربه وقالوا فوجعه
ضرباً وتعجسه وهو قول
الشافعي ومالك لهما مروي
عن عمر رضي الله عنه انه
ضرب شاهد الزور وسخم
وجهه بالحاء المجعدة من
السخام وهو سواد القدر
أو بالحاء المهملة من الاخام
وهو الاسود لا يقال
الاستدلال به غير مستقيم
على مذهبهما لانهما
لا يقولان بجواز التسخيم
لكونه مشبهة وهو غير
مشرع ولا يبلغ التعزير
الى اربعين لان مقصودهما
اثبات ما نفاه أبو حنيفة من

* (فصل) * قوله لان
مقصودهما الح) أقول
جواب لقوله لا يقال
الاستدلال به الى الخ

الى السكة الصغيرة خاصة والى المهلة الكبيرة والمصر عامة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجدة عند أبي حنيفة
ومحمد رحمه الله خلافاً لأبي يوسف رحمه الله على ظاهر الروايات ذكر التعريف يقوم مقام الجد لانه اسم الجد
الاعلى فنزل منزلة الجد الأدنى والله أعلم

* (فصل) * قال أبو حنيفة رحمه الله شاهد الزور اشهره في السوق ولا عززه وقالوا فوجعه ضرباً وتعجسه وهو
قول الشافعي رحمه الله لهما مروي عن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور أربعين سوطاً وسخم وجهه

(الى السكة الصغيرة خاصة والى المهلة الكبيرة والمصر عامة) ثم قال المصنف (ثم التعريف وان كان يتم بذكر
الجد عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف) في عدم اشتراط ذكر الجد (على ظاهر الروايات) ذكر التعريف
يقوم مقام الجد لان الغضاسم الجد الاعلى) أي الجد الاعلى في ذلك الغضاسم فنزل منزلة الجد الخاص
وهذا تعليل لقول أبي حنيفة المنقول في الجامع ان قال في هذين البابين فلانة التسمية لم يجز حتى ينسبها الى
نفسها فانه ذكره فيما اذا قال فلانة بنت فلان الغلانية من غير ذكر جد فلم أن الغلانية يقوم مقام الجد اذا
كان نسبة الى شخص الآباء

* (فصل) * قال أبو حنيفة رحمه الله شاهد الزور والح) أخرجه شهادة الزور لانها خلاف الاصل اذا اصل
الصدق لان الاصل في الفطرة كونهم على الحق والانحراف عنه لعارض من قبل النفس والشيطان وشاهد
الزور لا يعرف الا باقراره بذلك ولا يحكم به برده شهادة له مخالفة للدعوى أو الشاهد الآخر أو تكذيب المدعى له
اذ قد يكون محققاً في مخالفة أو للمدعى غرض في أذاه وزاد شيخ الاسلام أن يشهد بموت واحد فيجبي محيا ولو
قال غلطت أو طننت ذلك قبيل هما يعني كذبت لا تراه بالشهادة بغير علم واذا ثبت كونه شاهد زور وقال
أبو حنيفة رحمه الله يعز بشهيره على الملا في الاسواق ليس غير (وقالوا فوجعه ضرباً وتعجسه) فصار معنى قوله
ولا اعززه لا اضربه فلما حصل الاتفاق على تعزيره غير أنه اكتفى بشهيره حاله في الاسواق وقد يكون ذلك أشد
عليه من الضرب بخفة وهما أيضاً في ذلك الضرب والحبس ويقولهما قال الشافعي ومالك لهما مروي أن
عمر رضي الله تعالى عنه ضرب شاهد الزور وأربعين سوطاً) رواه ابن أبي شيبة حدثنا أبو حنيفة عن جراح عن
مكحول عن الوليد بن أبي مالك أن عمر رضي الله عنه كتب الى عماله بالشام ان شاهد الزور يضرب أربعين
سوطاً ويسخم وجهه ويحلق رأسه ويطال حبسه ويرى عبد الله زاق في مصنفه عن مكحول أن عمر ضرب
شاهد الزور أربعين سوطاً وقال أخبرنا يحيى بن العلاء أخبرني أبو الاحوص بن حكيم عن أبيه أن عمر بن
الخطاب رضي الله عنه أمر بشاهد الزور أن يسخم وجهه وتأتي عمامة في عنقه ويطاف به في القبائل فوجه
الاستدلال بذلك من يرى تقليد الصحابي ظاهر أمان لا يراه فوجهين أحدهما عدم التكبر فيما فعل عمر فكان
اجماعاً وليس بشئ لأن الانتكار لا يقع فيما طر يقبه الاجتهاد فاذا فرض أنه أداها اجتهدا الى ذلك فلا يجوز
التكبر على مجتهد في محل اجتهاده فلا حاجة في هذا السكوت والثاني أنه أنى كبره من الكبراء على ما صرح به
النبي صلى الله عليه وسلم فيما روى البخاري أنه صلى الله عليه وسلم قال ألا أخبركم بأكبر الكبراء قالوا بلى يا رسول
الله قال الشرك بالله وعقوق الوالدين وكان متكئاً فجلس قال ألا أقول الزور وشهادة الزور فما زال يكررها

والدوران الشعب بفتح الشين والعمارة بكسر العين (قوله ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجدة عند أبي
حنيفة ومحمد رحمه الله خلافاً لأبي يوسف رحمه الله) فان عنده يتم بذكر الأب ولا يحتاج الى ذكر الجد في
التعريف (قوله لانه اسم الجد الاعلى) أي في القبيلة الخاصة فنزل منزلة الجد الأدنى وهو أب الأب والله أعلم
* (فصل) * شاهد الزور يشهر ويعز وهو أن يقر على نفسه بالكذب متعمداً فيقول كذبت فيما شهدت
متعمداً أو يشهد بقتل رجل ثم يحسب المشهود بقتله حيا حتى ثبت كذبه يبين ولا طر يق لاثبات ذلك بالية
لانه نفي لشهادته والبيئة حجة الاثبات دون النفي فلما اذا قال غلطت أو خطأت أو ردت شهادته لتهمة أو مخالفة
بين الدعوى والشهادة لا يعز (قوله يسخم وجهه) أي سوده من السخام وهو سواد القدر وأما بالحاء المهملة

التعزير بالضرب فإنه يدل على أن أصل الضرب مشروع في تعزيره وما زاد على ذلك كان محمولا على السياسة قوله (ولان هذه) أي شهادة الزور (كبيرة) ثبت ذلك بالكاتب وهو قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور وبالسنه وهو ما روى أبو بكره عن أبيه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ألا أنبئكم بأكبر الكبائر قلنا بلى يا رسول الله قال الاشرار بالله وعقوق الوالدين وكان متكئا فجلس فقال ألا وقول الزور وشهادة الزور فما زال يكررها حتى قلنا ليستك (وتعدى ضررها الى العباد) بآلاف أمواهم (وليس فيه حكمة مقدر فيعززه ولا في حنيفة رحمه الله أن شريحا رحمه الله كان يشهر ولا يضرب) وكان ذلك في زمن عمر وعلى رضي الله عنهما والعصاة متوافرة وما كان يخفى ما يعمل عليه وسلم وسكتوا عنه فكان كالمروى عنهما وحل محل الاجماع (ولان المقصود هو الانزجار وهو يحصل بالشهير فيكتفي به والضرب وان كان مبالغة في الزجر لكنه قديع مانع من الرجوع) فإنه اذا تصور الضرب يخاف فلا يرجع وفيه تضييع للعقوق (فوجب التخفيف من هذا الوجه) وذلك بترك الضرب (وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعة) وهو منهي عنه قال صلى الله عليه وسلم من بلغ حد في غير حد فهو من المعتدين (٥٣٤) (و بدلالة التسخيم) هذا تاويل شمس الائمة وأوله شيخ الاسلام بان المراد بالتسخيم

ولان هذه كبيرة يتعدى ضررها الى العباد وليس فيه احدمه مقدر فيعززه أن شريحا كان يشهر ولا يضرب ولان الانزجار يحصل بالشهير فيكتفي به والضرب وان كان مبالغة في الزجر ولكنه يقع مانع من الرجوع فوجب التخفيف نظر الى هذا الوجه وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعة والتسخيم ثم تفسير التشهير منقول عن شريح رحمه الله فإنه كان يبعث الى سوقه ان كان سوقيا الى قومه ان كان غير سوقى بعد العصر أجمع ما كانوا يقولون ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهدا زورفا حذروه وحذروا الناس منه وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله أنه يشهر عندهما أيضا والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما وكيفيته التعزير ذكرناه في الحدود

حتى قلنا لا يسكت وقرن تعالى بينهما وبين الشرك فقال فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور واذا كانت كبيرة وليس فيها تعدى شرعى ففي التعزير وهذا لا ينتهز على أبي حنيفة فإنه انما يقتضى التعزير بوجه ولا ينتهز بل قال به على ما حققناه لكنه ينفي الزيادة فيه بالضرب والحق أنه ينتهز عليه لانه ينفي ضربه وهما يثبتانه فان كان الضرب زيادة في التعزير فليكن اذ قد ثبت الزيادة فيه (ولا في حنيفة رحمه الله أن شريحا رضي الله عنه كان يشهر ولا يضرب) روى محمد بن الحسن في كتاب الآثار أن أبا حنيفة عن الهيثم

من الاسخيم الاسود فقد جاء كذا في المغرب وفي المغني ولا يسخيم وجهه يروى هذا اللفظ بالحاء والخاء جميعا (قوله) ولان هذه كبيرة) قال عليه السلام أمها الناس عدلت شهادة الزور بالاشراك بالله ثم تلا قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور وسأله رجل عن الكبائر فقال الاشرار بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وشهادة الزور واذا ثبت انه مرتكب للكبيرة قلنا يعز على ذلك ويشهر لاعلام الناس حتى لا يعتمدوا شهادته بعد ذلك (قوله وله ان شريحا) كان يشهر ولا يضرب فان قيل أليس ان أبا حنيفة رحمه الله لا يرى تقليد التابعين - ترى عنه انه قال لا تقلدهم رجال اجتهدوا ونحن رجال نجتهد وقال مشايخنا المتأخرون انما ذكر أبو حنيفة رحمه الله أقاويل التابعين في كتبه لبيان انه لم يستبد هذا القول بل

التخفيف بالتفويض والتشهير فان الخجل يسمى مسودا مجازا قال الله تعالى واذا بشر أحدكم بالانثى ظل وجهه مسودا (وتفسير التشهير مانقل عن شريح رحمه الله أنه كان يبعث الى سوقه ان كان سوقيا وألى قومه ان لم يكن سوقيا بعد العصر أجمع ما كانوا) أي يجتمعين أو الى موضع يكون أكثر جمعا للقوم (و يقول ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهدا زورفا حذروه وحذروا الناس وذكر شمس الائمة ان عندهما أيضا يشهر والحبس والتعزير بمقداره مغض الى ما يراه القاضي ولم يذكر المصنف أن هذا الاختلاف فيمن كان ثابيا

أو مصر أو جهول الحال وقد قيل ان رجس على سبيل التوبة والندم لا يعز ومن غير خلاف وان رجس على سبيل (وفي) الاصرار يعز بالضرب من غير خلاف وان لم يعلم حاله فعلى الاختلاف الذي قلنا ثم انه اذا تاب هل تقبل شهادته بعد ذلك أو لان كان فاسقا قبل لان الحمل له على الزور فسقه وقد زال بالتوبة ومدة ظهور التوبة عند بعض المشايخ سنة أشهر وعند آخرين سنة قالوا والصحيح أنه مغض الى رأي القاضي وان كان مستورا لا تقبل أصلا وكذا ان كان عدلا هل رواية بشرع أبي يوسف لان الحمل له على ذلك غير معلوم فكان الحال قبل التوبة بعدها سواء روى أبو جعفر أنها تقبل قالوا وعليه الفتوى

قال المصنف (أجمع ما كنوا) أقول حال من الظرف أي حال كونه أجمع الاوقات التي كنوا فيها أو أوقات كونهم على أن ماصدريه كافي أخطب ما يكون الامير قائما وهذا أولى ويجوز أن يكون بدلا من بعد العصر بل صغره قال المصنف (يقرئكم السلام) أقول قرأ عليه السلام بأنعمه ولا يقال أقرأه الا اذا كان مكتوبا كذا في القاموس فحينئذ يكون استقامة ما في الكتاب بان يكتب شريح اليهم كتابا بنقل رسوله ما فيه الى القوم (قوله أجمع ما كنوا أي يجتمعين الخ) أقول فيه بحث بل المعنى ما ذكرنا (قوله فيمن كان ثابيا أو مصيرا) أقول وقع في بعض النسخ لفظا الاقرار يدل لفظا الاصرار والصحيح الاصرار

(وفي الجامع الصغير شاهدان أقرأتهم ما هم يدانرو ولم يضربوا ولا يعزوان) وفائدته أن شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر على نفسه بذلك فاما لا طريق إلى اثبات ذلك بالبينة لأنه نفي للشهادة والبينات

ابن أبي الهيثم عن حدثه عن شريح أنه كان إذا أخذ شاهد الزور فان كان من أهل السوق قال للرسول قل لهم ان شرب يحا يعرفكم ويقول لكم انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروا وان كان من العرب أرسل به إلى مجلس قومه أجمع ما كانوا قال للرسول مثل ما قال في المرة الأولى ونحوه ما رواه ابن أبي شيبة حدثنا وكيع حدثنا سفيان عن أبي خصين قال كان شريح يبعث شاهد الزور إلى مسجد قومه وإلى السوق ويقول انا في شهادة هذا وفي لفظ كان يكتب اسمه عنده وقال الخصاص في أدب القاضي حدثنا وكيع قال حدثنا سفيان عن أبي خصين قال كان شريح يبعث بشاهد الزور فادخل بين وكيع وأبي خصين سفيان وقديقال ليس في هذه الرواية ما يصرح بأنه لم يضرب به بل أنه فعل ذلك ولا ينفي هذا ان يكون مع شيء آخر ثم وجدنا هذا المحتمل مرويا قال عبد الرزاق انما الثوري عن الجعدي بن ذكوان قال اني شريح بشاهد زور ففرغ عمامته عن رأسه ونحفته بالدرة خفقات وبعث به إلى مسجد يعرفه الناس غير أن أبا حنيفة يقول ان فرضنا أنه وقع الضرب وقد قلنا انه انما يعرف شاهد الزور باقراره فكان ذلك قبل أن يدري شاهد الزور والراجع أنه يفعل به ذلك فقد كان يظن أنه لا يحبس ولا يضرب فرجع حين ترتب على رجوعه الضرب وصار ذلك مستقرا في النفوس يكون صارفاله عن الرجوع وحاملا على التماسي فوجب أن يتركه ويكتفي بما ذكرته من التعزيز بهذا بعد العلم بأنه كان ممن كان منه بطريق الاجتهاد لا بالنقل عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاز أن يجتهد في نفيه باعتبار ثبوت معنى آخر وأما الجواب بان ماروي من ضرب عزم والتسخيم كان سياسة فاذا رأى الحاكم ذلك مصلحة كان له أن يفعله فقد رد بما ذكرنا من كتاب عمر به إلى عماله في البلاد وأما الاستدلال على السياسة بالتبليغ إلى الأربيعين ولا يبلغ بالتعزير إلى الحدود فليس بشيء فان ذلك مختلف فيه في العلماء من يحيزه وقد أجاز عالم المذهب أبو يوسف رحمه الله أن يبلغ به خمسة وسبعون وتسعة وسبعون فجاز كون رأي عمر رضي الله عنه كذلك وأما كون التسخيم مثله منسوخة فقد يكون رأي عمر رضي الله عنه أن المثلة ليست الا في قطع الاعضاء ونحوه مما يفعل في البدن ويدوم لا باعتبار عرض يغسل فيزول واعلم أنه قد قيل ان المسئلة على ثلاثة أوجه ان رجوع على سبيل الاصرار مثل أن يقول لهم شهدت في هذا بالزور ولا أرجع عن مثل ذلك فانه يعزى بالضرب بالاتفاق وان رجع على سبيل التوبة لا يعزى اتفاقا وان كان لا يعرف حاله فعلى الاختلاف المذكور وقيل لاختلاف بينهم في جواب أبي حنيفة رحمه الله في التائب لان المقصود من التعزير الانذار وقد انزعج بداعي الله تعالى وجوابهم ما فهم لم ينب ولا يخالف فيه أبو حنيفة والتسخيم بالجرح عطف على قوله بدلالة التبليغ يقال تسخيم وجهه اذا سودد من السخام وهو سودا القدر وقد جاء بالحاء المهملة من الاسخيم وهو الاسود وفي المعنى ولا

وسبقه غيره وقال متبعالا اخترا نانا ذكر في النوادر عن أبي حنيفة رحمه الله من كان من الائمة التابعين وأفتى في زمان الصحابة وزاجهم في الفتوى وسوغوا له الاجتهاد فانما أقلده مثل شريح والحسن ومسرور وعلقةمة رحمه الله وعلى هذا الرواية لا يحتاج إلى الجواب وعلى ظاهر الرواية قالوا لم يذكر قوله محجبه بل محجبا بغير الشهادة فعليه فان قضاء وتشهيره كان بمحض من عمر وعلى رضي الله عنه ما فانه كان قاضيا في عصرهما فاشتهر عن قضايه كالروى عنهما وكان هذا في الحقيقة احتجاجا بقولهما وأبو حنيفة رحمه الله يرى تقليد كل من كان من الصحابة كذا في الجامع الصغير للإمام المحبوبي وذكر الامام العلامة النسفي رحمه الله في الكافي وشريح كان قاضيا في زمن الصحابة ومثل هذا التشهير لا يخفى على الصحابة ولم ينكر عليه أحد منهم فحل محل الاجماع وكان هذا منه احتجاجا باجماع الصحابة لا تقليد الشريح بل لأنه لا يرى تقليد التابعي (قوله وفائدته) أي فائدة وضع الجامع الصغير ان شاهد الزور وانما يعرف ان شهادته كانت زورا وكذا باقراره لا غير ولا يعرف ذلك بالبينة لأنه نفي للشهادة والبينات لا اثبات

قال (وفي الجامع الصغير) وذكر ان فائدة ذكر روايته هي معرفة شاهد الزور بأنه الذي أقر على نفسه بذلك فاما اثبات ذلك بالبينة فليس بصحيح لأنه نفي للشهادة البينات شرعت للاثبات ولم يذكر الذي شهد به قتل شخص وظهر حيا أو بموته وكان حيا ما لم تدركه واما لأنه لا يحبس له أن يقول كذبت أو ظننت ذلك أو سمعت ذلك فشهرت وهما بمعنى كذبت لاقراره بالشهادة بغير علم فعمل كنه قال ذلك والله أعلم

(كتاب الرجوع عن الشهادة) تناسب هذا الكتاب لكتاب الشهادات وتاخيرها عن فصل شهادة الزور ظاهر اذ الرجوع عنها يقتضى سبق وجودها وهو مما يراه لم يكوّن خيرا او هو امر مشرّع مرغوب فيه ديانة لان فيه دخلا صامنا عقاب الكبيرة فاذا رجع الشهود عن شهادتهم بان قالوا في مجلس الحكم رجعنا عما شهدناه او شهدنا زورا فبما شهدنا فلما ان يكون قبل الحكم بهم أو بعده فان كان الاول سقطت الشهادة عن اثبات الحق بها على الغير لان الحق انما يثبت بقضاء القاضي ولا قضاء ههنا لان القاضي لا يقضى بكلام متناقض ولا ضمانا عليها لان الضمان بالاتلاف ولا اتلاف ههنا (٥٣٦) لانهما ما اتلفا شيئا لا على المدعى ولا على المدعى عليه اما على المدعى عليه فظاهر واما

للاثبات والله اعلم
(كتاب الرجوع عن الشهادة)
(قال اذار جمع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم استقطت) لان الحق انما يثبت بالقضاء والقاضي لا يقضى بكلام متناقض ولا ضمانا عليها لانهما ما اتلفا شيئا لا على المدعى ولا على المدعى عليه (فان حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم) لان آخر كلامهم ينقض اوله فلا ينقض الحكم بالتناقض ولانه في الدلالة على الصدق مثل الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به (وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم) لا قرارهم على أنفسهم بسبب الضمان والتناقض لا يمنع صحة الاقرار وسنقرر ومن بعد ان شاء الله تعالى

يسمى وجهه بالخاء والحاء
(كتاب الرجوع عن الشهادة)
لما كان هذا الجواب رفع الشهادة وما تقدم ايجاب اثباتها كان متوازيا بين فرجهما **كتاب الرجوع عن الشهادة** لا يجوز ان يكون له اذارجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم استقطت لان الحق انما يثبت بالقضاء والقاضي لا يقضى بكلام متناقض ولا ضمانا عليها لانهما ما اتلفا شيئا لا على المدعى ولا على المدعى عليه (فان حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم) لان آخر كلامهم ينقض اوله فلا ينقض الحكم بالتناقض ولانه في الدلالة على الصدق مثل الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به (وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم) لا قرارهم على أنفسهم بسبب الضمان والتناقض لا يمنع صحة الاقرار وسنقرر ومن بعد ان شاء الله تعالى

(كتاب الرجوع عن الشهادات)
اعلم ان للرجوع وكذا وحكاما وشروطا فذكرناه قول الشاهد بعد ما شهد رجعت عما شهدت به او يقول شهدت

على المدعى فلان الشهادة ان كانت حقا في الواقع ووجدوا عنها صاروا كائين للشهادة ولا ضمانا على من يكتفها وان كان الثاني لم يفسخ الحكم لان الكلام الثاني ينقض الاول والكلام المناقض سابقا للعبارة عقلا وشرا كما لا ينقض به حكم الحاكم للابن يودي الى التسلسل وذلك لانه لو كان معتبرا لجاز ان يرجع عن رجوعه مرة بعد اخرى وليس لبعض على غيره ترجيح فينتسب الحكم وفسخه وذلك خارج عن موضوعات الشرع ولان الكلام لا يخفى الدلالة على الصدق كالاول وكل ما كان كذلك ساواه واحتج فيه الى الترجيح وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض به وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم لا قرارهم على أنفسهم بسبب الضمان فقضاء القاضي وان كان علة للتلف لكنه كالمجان من جهتهم فكان التسبب منهم تعديا فيضاف الحكم اليهم كافي

سفر البئر على قارعة الطريق فان قيل كلامهم متناقض وذلك سابقا للعبارة فعلام الضمان اجاب بقوله والتناقض لا يمنع صحة الاقرار ووجد بتقريره من بعدوا كفى عن ذكر التعزيز في الفصلين بذكره في الفصل المتقدم (ولا

(قوله واما على المدعى الخ) ان اول ظاهره لا يوافق الدعوى قال المصنف (فلا ينقض الحكم بالتناقض) اقول لعلى المتناقض بمعنى المناقض لكونه سابقا للعبارة عقلا وشرا كما لا يصرح به آنفا (قوله لا يودي الى التسلسل الخ) اقول كلام قليل الجدى مع الغناء عنه (قوله كالمجان من جهتهم) اقول أى من جهة الشهود (قوله واكتفى عن ذكر التعزيز في الفصلين) اقول أى في فصل الرجوع قبل الحكم بهم او بعده

قال (ولا يصح الرجوع إلى الجوع إلا بحضرة الحاكم) الرجوع عن الشهادة لا يصح إلا بحضرة الحاكم سواء كان هو الأول أو لأنه فسح للشهادة وهو مختص بمجلس الحكم فالرجوع مختص به وهذا الدليل لا يتم إلا إذا ثبت أن فسح الشهادة يختص بمختص به الشهادة وهو ممنوع فإن الرجوع اقرار بضمين مال المشهود عليه على نفسه بسبب الاتلاف بالشهادة الكاذبة والقرار بذلك لا يختص بمجلس الحكم والجواب أن الاستحقاق لا يرتفع مادامت الحجة باقية فلا بد من رفعها والرجوع في غير مجلس الحكم ليس برفع للحجة لان (٥٣٧) الشهادة في غير مجلسه ليست بحجة كما مر والقرار بالضمين مرتب على ارتفاعها أو يثبت في ضمنه فكان من توابعه لا يقال البينة ليست بحجة في غير مجلس الحكم ابتداء لبقاء ويجوز أن لا يكون البقاء مشروطا بشرط الابتداء لكونه أسهل منه لا نقول بمجلس الحكم محلها في الابتداء وما يرجع إلى المحل فلا ابتداء والبقاء فيه سواء كالحرمة في النكاح ووجود المبيع في البيع فانه شرط لصحة وصحة الفسخ (ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان) وشهادة الزور جنائية في مجلس الحكم فالتوبة عنها تنقيد به (واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي فلا بد من الرجوع إلى المشهود عليه رجوعا عند قاضي كذا وضمينه المال تقبل لان السبب صحيح

(ولا يصح الرجوع إلى الجوع إلا بحضرة الحاكم) لأنه فسح للشهادة فيختص بمختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس القاضي أي قاض كان ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان وإذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي فلا بد من الرجوع إلى المشهود عليه رجوعا عند قاضي كذا وضمينه المال تقبل لان السبب صحيح

قلنا وهو قولهما (قوله ولا يصح الرجوع إلى الجوع إلا بحضرة الحاكم) سواء كان هو القاضي المشهود عنده أو غيره و زاد جماعة في صحة الرجوع أن يحكم القاضي بوجوبهما ويضمنهما المال واليه أشار المصنف حيث قال (واذا لم يصح في غير مجلس القاضي فلا بد من الرجوع إلى المشهود عليه رجوعا عند قاضي كذا وضمينه المال تقبل لان السبب صحيح) (حتى لو أقام البينة أنه رجوع عند قاضي كذا وضمينه المال تقبل) فهذا ظاهر في تنقيد صحة الرجوع بذلك ونقل هذا عن شيخ الاسلام واستبعد بعضهم من المحققين توقف صحة الرجوع على القضاء بالرجوع وبالضمين وترك بعض المتأخرين من مصنفين الفناوى هذا القيد وذكر أنه انما تركه نحو بل على هذا الاستبعاد وتفرع على اشتراط المجلس أنه لو أقر شاهد بالرجوع في غير المجلس وأشهد على نفسه وباتزام المال لا يلزمه شيء ولو ادعى عليه بذلك لا يلزمه إذا تصادق أن لزوم المال عليه كان بهذا الرجوع ولو أقر في مجلس قاض أنه رجوع عند قاضي كذا صح باعتباره كون هذا رجوعا عند هذا القاضي لا الذي أسند رجوعه إليه ولو رجعا عند القاضي ثم جحد تقبل البينة عليهما أو قضى بالضمين عليهما ثم ذكر المصنف لاشتراط مجلس الحكم في صحة الرجوع وجهين أولهما أن الرجوع فسح للشهادة فكما اشترط للشهادة المجلس كذلك أفسحها وعلى الملازمة منع ظاهر مع ابتداء الفسوق بأن اشتراط المجلس ليتصور الادعاء عنده بالضرورة بخلاف الرجوع لان حاصله الاقرار على نفسه بتحقيق سبب الضمان منه والقرار بالضمين لا يتوقف على مجلس القضاء وأجاب في النهاية بأن ما شرط للابتداء شرط للبقاء كالبيع فانه شرط فيه وجود المبيع فكذا في فسحه وهذا أيضا يحتاج إلى اثبات الملازمة مع أن الاتفاق أن شرط ذلك في فسح البيع انما هو ليثبت حكم الفسخ وهو التراد والتراخي يتوقف على قيامه بخلاف حكم الرجوع فانه الضمان ويمكن اثباته مع ثبوته دون المجلس ثم هو قد أورد على ما ذكره من أن شرط الابتداء شرط البقاء السلم حيث يشترط

بروز فيما شهدت وشرط جوازه أن يكون الرجوع عند القاضي وحكمه وجوب التعزير بكينا والضمان مع التعزير ان رجوع بعد القضاء وكان المشهود به مالا وقد أزاله بغير عوض (قوله ولا يصح الرجوع إلا بحضرة الحاكم) لأنه فسح للشهادة فيختص بمختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس القاضي أي قاض كان فان قيل ينبغي أن لا يكون الرجوع مختصا بمجلس القضاء لان الرجوع عن الشهادة اقرار بضمين مال المشهود عليه على نفسه بسبب الاتلاف بالشهادة الكاذبة والقرار بالضمين لا يختص بمجلس القضاء قلنا ما كان شرط في الابتداء يكون شرط في البقاء كالبيع فان وجوده شرط لصحة البيع فكأن بقاءه شرطاً لصحة الفسخ فمجلس القضاء شرط لصحة الشهادة فكذا يجب أن يكون مجلس القضاء شرطاً لفسخ الشهادة

(٦٨ - (فتح القدور والكفاية) - سادس) في غير مجلس الحكم باطلا (حتى لو أقام البينة أنه رجوع عند قاضي كذا وضمينه المال تقبل) (لان السبب صحيح) والضمير المستكن في ضمنه يجوز أن يكون القاضي

(وقوله وهو مسلم فان الرجوع اقرار بالخ) أقول ويجوز تفريرهم معارضة (قوله والجواب أن الاستحقاق الخ) أقول انظر في هذا الجواب (قوله ولان الرجوع توبة) أقول عطف على قوله لأنه فسح للشهادة

بمحجة كما مر والقرار بالضمين مرتب على ارتفاعها أو يثبت في ضمنه فكان من توابعه لا يقال البينة ليست بحجة في غير مجلس الحكم ابتداء لبقاء ويجوز أن لا يكون البقاء مشروطا بشرط الابتداء لكونه أسهل منه لا نقول بمجلس الحكم محلها في الابتداء وما يرجع إلى المحل فلا ابتداء والبقاء فيه سواء كالحرمة في النكاح ووجود المبيع في البيع فانه شرط لصحة وصحة الفسخ (ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان) وشهادة الزور جنائية في مجلس الحكم فالتوبة عنها تنقيد به (واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي فلا بد من الرجوع إلى المشهود عليه رجوعا عند قاضي كذا وضمينه المال تقبل لان السبب صحيح

(واذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمننا المال للمشهود عليه) لان التسبب على وجه التعدي سبب الضمان ككافر البئر وقد سببا للاتلاف تعديا وقال الشافعي رحمه الله لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبب عند وجود المباشرة قلنا تعذر ايجاب الضمان على المباشر وهو القاضي لانه كالمجالي القضاة وفي ايجابه صرف الناس عن تقاذه وتعذرا ستبناؤه من المدعى لان الحكم ماض فاعتبر التسبب وانما يضمنان

لا ابتداء حضور رأس المال دون فسخه وأجاب بمثل ما ذكرنا من أن ذلك لا مريض يخص الابتداء لا يوجد في البقاء وهو كايلا يلزم الافتراق عن الكائي بالكائي وذلك غير لازم في فسخه فلذا لم يشترط في فسخه ما شرط في ابتداءه وهذا نحو ما ذكرنا من أن شرط المجلس ابتداءه ليس صور الاداء بخلاف الفسخ ثم تمهيد الجواب بان ما شرط لا ابتداء شرط للبقاء لا يناسب ما نحن فيه وهو الرفع نعم الرفع يرد على حالة بقاء أثر الشهادة وهو الحكم بها ولو تسهلنا الى جعل ذلك بقاء نفس الشهادة لا يتصور كون مجلس الحكم شرطا لبقاء الشهادة ولو أرحنا العنان في الاختلاف ما يكون المشروط للبقاء المجلس الاول الذي كان شرطا للاداء والمجلس المشروط هنا مجلس آخر وذكر بعضهم في وجهه أن الرجوع فسخ ونقض للشهادة فكان مقابلا لها فاختص بموضع الشهادة ومنع الملازمة فيه ظاهر فينبه بان السواد واليباض لما كانا متضادين اشترط للتضاد اتحادا للجل ولا يخفى ان اتحادا للجل انما هو شرط امتناع اجتماع المتضادين لا شرط اسكل من المتضادين في نفسه كما ان المجلس شرط لسكل من الشهادة ونقضها والوجه الثاني أن الرجوع توبة عن ذنب الكذب وكان ذلك الذنب في مجلس القضاء فخصت التوبة بعينه بمجلسه ولا شك أن ذلك أيضا غير لازم فيه فينبوا له ملازمة شرعية بحديث معاذ رضي الله تعالى عنه حين بعثه النبي صلى الله عليه وسلم الى أهل اليمن فقال أوصني فقال عليك بتقوى الله تعالى ما استطعت الى أن قال واذا علمت شرا فاحدث توبة السر بالسر والعناية بالعناية وأنت تعلم أن العناية لا تنوقف على الاعلان في محل الذنب بخصوصه مع أن ذلك لا يمكن بل في مثله مما فيه عناية وهو اذا أظهر الرجوع للناس وأشهدهم عليه وبلغ ذلك القاضي بالبيئة عليه كيف لا يكون معلنا (قوله واذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمننا المال للمشهود عليه) وهذا مذهب مالك وأحمد والشافعي في

وهو الرجوع عن الشهادة ولا يلزم على هذا الحضر رأس مال السلم فانه ليس بشرط في فسخ السلم مع انه مشروط في ابتداء عقد السلم لاننا نقول اشتراط وجود رأس مال السلم في مجلس عقد السلم لا لعقد السلم بل يفسد السلم بعد العهدة اذا افتراقا لان قبض احتراز عن الكائي بالكائي وذلك المعنى لا يوجد في الفسخ (قوله ككافر البئر) أي في قارة الطرقي فان نقل الساقط فيها على التلف والمشى بسبب الحفر شرط لانه أزال المانع من السقوط فانقل أمر طبيعي لا يصلح لاضافة التلف اليه والمشى مباح لا تعدي فيه فاضيف الحكم الى الحفر لان الحافر متعدي فيه وهنا لا يمكن ايجاب الضمان على القاضي وان حصل الاتلاف بقضائه لانه بمنزلة المجاهدين جهة الشاهدين الى القضاء فان بعد ظهور وعد التهما وجب عليه القضاء شرعا حتى لو امتنع منه يأثم ويعزل ويعز ولا يمكن استبناؤه من المدعى لان الحكم ماض فوجبنا الضمان على الشاهدين لانهما سببا وقد أقرنا على أنفسهما بالتعدي (قوله وقال الشافعي رحمه الله لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبب) عند وجود المباشرة ولا يلزم عليه القصاص على الشهود اذا رجعوا مع وجود المباشرة من الولي على أصله لانه انما اعتبر السبب ثمة احتياطا في أمر الدماء وتعظيمها لا يرى انه يقول بالقصاص في باب القسامات والحديث على رضى الله عنه حيث قال لشاهدي السرقة حين رجعا ولو علمت انكما تعذما لقطع أيديكما فاننا حديث على رضى الله عنه كان للتهديد لانه مع من مذهب على رضى الله عنه ان البيذين لا تقطعان بيد واحدة وقديم دال الامام بما لا تحق له قال عمر رضى الله عنه ولو تعمدت الى المتعة لرجت والمتعة لا توجب الرجيم بالاتفاق (قوله لانه كالمجالي الى القضاء) ولم يقل انه مجالي لانه لو صار لمجالية حقيقة بشهادة الشهود على الحكم لوجب القصاص على الشاهدين في الشهادة بالقتل العمد اذا ظهر كذبهم كفى المسكرة وليس كذلك وذلك لان المجالية حقيقة هو من يخاف العقوبة

ومعناه حكم عليه بالضمان لكنه لم يعط شيئا الى الآن ويجوز أن يكون للمدعى ومعناه طلب من القاضي تضمينه والالف واللام في قوله لان السبب بدل من المضاف اليه وهو قول البيهقي أي لان سبب قبول البيهقي صحيح وهو دعوى الرجوع في مجلس الحكم وقبل هو الضمان ومعناه لان سبب الضمان صحيح وهو الرجوع عند الحاكم وليس بصحيح لان الدعوى حينئذ ليست مطابقة للدليل فانها قبول البيهقي لا وجوب الضمان فتأمل (واذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمننا المال للمشهود عليه) هذه المسئلة قد علمت من قوله وعليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم الا أنه ذكرها

(قوله ومعناه حكم عليه) أقول فعلى الاول معطوف على رجوع وعلى الثاني على قوله أقام البيهقي (قوله لان سبب الضمان الخ) أقول وفي غاية البيان لان سبب التضمين وهو الرجوع عند القاضي (قوله فانها قبول البيهقي) أقول فيه بحث لان المعنى حينئذ تقبل الشهادة لان الدعوى أعني دعوى الرجوع صحيحة بالصفة الرجوع الذي هو سبب الضمان فليتأمل

ليبين خلاف الشافعي ولما يأتي من زجوع بعض الشهود ودون بعض قال الشافعي لاضمان عليهما لاثم ما نسب في الاتلاف ولا معتبر به عند وجود المباشرة وقائنا وجب عليهما الضمان لانهما تسببا للاتلاف على وجه التعدي وذلك وجب الضمان اذ لم يمكن اضافته الى المباشر وههنا كذلك لان المباشر هو القاضي واصافة الضمان اليه متعذرة لانه كالمجال الى القضاء بشهادتهم لانه بالتأخير يفسق وليس بمجا حقيقة لان المجأ حقيقة من خاف على نفسه العقوبة في الدنيا والقاضي ليس كذلك ولان في ايجابه عليه صرف الناس عن تقلد القضاء وذلك ضرر عام فيجعل الضرر الخاص لاجله وتعذر استيفاءه من المدعي ايضا لان الحكم ماض لما تقدم فاعتبر السبب فان قيل ما بال كل منكم ومن الشافعي ترك أصله المعهود في الشهادة بالقتل ثم الرجوع فانه اذا شهد شاهدان على انه قتل عددا فاقص منه ثم رجعا فالدية عليهما في مالهما عندكم كما وجب اقامتهما كالمباشرة حتى يجب القصاص وعند الشافعي يجب عليهما القصاص جعل السبب (٥٣٩) كالمباشرة قلنا فاعل المباشر الاختياري قطع النسبة أو صار شبهة كجاسي و الشافعي جعله

مباشرة بما ورد عن علي رضي الله عنه في شهادتي السرقة اذ رجعا لعلت أنكما تعدنما لقطعت أيديكما والجواب انه كان على سبيل التهديد لما ثبت من مذهبه رضي الله عنه أن البدين لا يقطعان بيد واحدة و جاز أن يهدد الامام بما لا يتحقق كما قال عمر رضي الله عنه مولى تقدمت في المعتزل جت والمتعة لا توجب الرجم بالاتفاق وانما يضمنان يعني أن الضمان انما يجب على

اذا قبض المدعي المال ديننا كان أو عيننا لان الاتلاف به يتحقق ولانه لا مماثلة بين أخذ العين والزام الدين الجدي لا ضمان عليهما لانهما سببان ولا عبرة بالتسبب وان كان تعديا مع وجود المباشرة قلنا المباشر القاضي والمدعي ولا ضمان على القاضي اتفاقا لانه كالمجال الى مباشرة القضاء الذي به الاتلاف من جهة الشرع بافتراضه عليه بعد ظهور العدالة واذا ألقاه الشرع لا يضمنه ولانه لو جب عدم قبول القضاء من أحد وأما المدعي فلانه أخذ بحق ظاهر ماض لان خبر الرجوع ليس أولى من الاول لينة قض الحكم واذ لم ينقض لا يمكن جبره على اعطاء ما أخذ بذاته الوجه الماضي شرعا واذ تعذر الاجاب على المباشر تعين على المتعدي بالتسبب كخاف البئر في الطريق واعلم أن الشافعية اختلفوا في هذه المسئلة والصحيح عند الامام والعراقيين وغيرهم أن الشهود يضمنون كذهبن والقول الآخر لا ينقض ولا يرد المال من المدعي ولا يضمن الشهود وهو عين قول أبي حنيفة الاول اذا كان له الما وقت الرجوع مثله عند الاداء وقد نقص عليه أيضا بايجاب القصاص على الشهود اذ رجعا بعد قتل المشهود وعليه مع وجود المباشرة وهو الولي المقتص والقاضي واجب عنه بان ذلك الدليل خاص وهو قول علي رضي الله تعالى عنه لشاهدي السرقة بعد ما قطع رجعا ورجعا بآخر وقالوا هذا الذي سرق لو علمت انكما تعديتما لقطعتم ايديكما أخرجه الشافعي وقال بهذا القول نقول فان فوض بانه لا يرى تقلد المصالح أي يمكن الجواب عنه بانى انما قلته لما ظهر من مناطه من أن أمر الدم أشد من أمر المال قلنا الاشدية لا يتوقف ثبوتها على ثبوت الضمان في أحكام الدنيا لجواز باعتبار أمر الآخر ثم متى يقضى بالضمان على الشاهد قال المصنف (اذا قبض المدعي المال ديننا كان أو عيننا) لان هذا ضمان اتلاف والاتلاف على المدعي عليه انما يتحقق باخذه منه وهذا اختيار شمس الأئمة وفرق شيخ

الدنياوية والقاضي ههنا انما يخاف العقوبة في الآخرة ولا يصير به مجأ حقيقة لان كل أحد يقيم الطاعة خوفا من العقوبة على تركها في الآخرة ولا يصير به مكرها (قوله وانما يضمنان اذا قبض المدعي المال ديننا كان أو عيننا) لانه يتحقق الخسران عند تسليم المال الى المقتضى له فاما ما بقيت يده على المال فلا يتحقق الخسران في حقه ولان الضمان مقدر بالمثل وهما اتفعا عليه مدينا حين أنهما بشهادتهما ذلك فاذا ضمنهما قبل ذلك فقد استوفى منهما عيننا في مقابلة دين ولا مماثلة بين أخذ العين والزام الدين وفي الاعيان ان يثبت الملك للمقتضى له بالقضاء ولكن المقتضى عليه زعم أن ذلك باطل وان المال في يده ملكه فلم يكن له أن يضمن الشاهد شيئا ما يخرج المال من يده بقضاء القاضي كذا في المبسوط وفي الذخيرة ومبسوط شيخ الاسلام

على المماثلة ولا مماثلة بين أخذ العين والزام الدين وبيان ذلك أنهم اذا ألزمادينا بشهادتهم ما فلو ضمننا قبل الاداء الى المدعي كان قد استوفى منهما عيننا بمقابلة دين أو جبا ولا مماثلة بينهما وفرق شيخ الاسلام بين العين والدين فقال ان كان المشهود به عيناً فلم يشهد عليه أن يضمن الشاهد بعد الرجوع وان لم يقبضها المدعي وان كان ديناً فليس له ذلك حتى يقبضه وذلك لانه ضمان الاتلاف وضمن الاتلاف مقيد بالمثل واذا كان المشهود به عيناً فالشاهدان بشهادتهما ما ألزم الا عين من ملكه اذا اتصل القضاء بهما واولها لا ينقض فيه تصرف المشهود عليه بعد ذلك فبإزالة العين عن ملكهما باخذ الضمان لا تنفي المماثلة واذا كان ديناً فبإزالة العين عن ملكهما قبل القبض تنفي المماثلة كما ذكرنا والجواب

(قوله فيجعل الضرر الخاص) أقول له لعله يريد به تضمين الشهود (قوله في الشهادة) أقول متعلق بقوله ترك (قوله كجاسي) أقول أي في هذا الكتاب أيضا في الدرس الثالث (قوله والجواب أنه الخ) أقول هذا جواب عن دليل الشافعي (قوله قد استوفى) أقول المقتضى عليه (قوله ولا مماثلة بينهما) أقول اذا العين خير من الدين (قوله فبإزالة العين عن ملكهما الخ)

أن الملك وإن ثبت للمقضى له بالقضاء ولكن المقضى عليه يزعم أن ذلك باطل لأن المال في يده ملكه فلا يكون له أن يضمن الشاهد من شيا ما لم يخرج المال من يده بقضاء القاضي قال (واذا رجع أحدهما ضمن النصف الخ) المعتبر في باب الرجوع عن الشهادة بقاء من بقي لأن وجوب الحق في الحقيقة بشهادة الشاهدين (٥٤٠) وما زاد فهو فضل في حق القضاء لأن الشهود إذا كانوا أكثر من الاثنين يضاف

القضاء ووجوب الحق إلى الكل لاستواء حقوقهم وإذا رجع واحد زال الاستواء وظهر إضافة القضاء إلى الثاني وعلى هذا إذا شهد اثنين فرجع أحدهما ضمن النصف لأنه بقي بشهادة من بقي نصف الحق قيل لأن سلم ذلك فإن الباقي فرد لا يصلح لإثبات شيء ابتداء فكذا بقاء وأوجب بقاء البقاء أسهل من الابتداء فيجوز أن يصلح في البقاء للإثبات ما لا يصلح في الابتداء لذلك كفي النصاب فإن بعضه لا يصلح في الابتداء لإثبات الوجوب و يصلح في البقاء بقدره (وإذا شهد ثلاثة فرجع واحد فلا ضمان عليه) لأنه بقي من بقي بشهادته كل الحق لأن استحقاق المدعى للمشهود به باق بالجمعة التامة واستحقاق الملتف بسقط الضمان

قال (فإن رجع أحدهما ضمن النصف) والاصل أن المعتبر في هذا بقاء من بقي لارجع من رجع وقد بقي من بقي بشهادته نصف الحق (وإن شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم فلا ضمان عليه) لأنه بقي من بقي بشهادته كل الحق وهذا لأن الاستحقاق باق بالجمعة

الاسلام بين كون المشهود به عيناً في ضمان قبل قبض المدعي أيها بعد القضاء به أم لا وينافى لا يضمنان حتى يقبض المدعي وجه الفرق أن ضمانهما ضمان اتلاف و ضمان اتلاف مقيد بالمائلة فإذا كان المشهود به عيناً فالشاهدان وإن أزالاه عن ملكهما باخذ الضمان منهما لا تنفي المائلة أما إذا كان المشهود به ديناً فالشاهدان أو جبا عليه ديناً غير حق فلو استوفى الضمان منهما قبل أن يستوفى المشهود له من المشهود عليه انتفت المائلة لأن المستوفى منهما عين في مقابلة دين أو جباؤه وشمس الأئمة نوافق وجه الدين ويقول في العين إن الملك وإن ثبت فيه للمدعي بمجرد القضاء ولكن المقضى عليه يزعم أن ذلك باطل لأن المال الذي في يده ملكه فلا يكون له أن يضمن الشاهد شيا ما لم يخرج من يده قال البرازي رحمه الله في فتاواه والذي عليه الفتوى الضمان بعد القضاء بالشهادة قبض المدعي المال أولاً وكذا العقار يضمن بعد الرجوع إن اتصل القضاء بالشهادة (فر د ع) * شهد أنه أجله إلى سنة ثم رجعها ضمنه حالاً ثم رجعاً على المطلوب بعد السنة ولو تولى ما على المطلوب لم يرجعاً على الطالب بخلاف الخوالة ولو شهد أنه أبرأه أو وهبه أو تصدق به عليه ثم رجعاً ضمنه ولو شهد على هبة عبد وتسليم ثم رجعاً ضمنه قيمته للمالك ولا رجوع للوهاب على الموهوب له ولا عليه ماله لأنه كالعوض وإن لم يضمن الوهاب الشاهدين له الرجوع شهد أنه باع عبده بخمسة مائة إلى سنة وقيمة العبد مائة وقضى به ثم رجعاً بخير البائع بين رجوعه على المشتري إلى سنة وبين تضمين الشاهدين قيمة حاله ولا يضمنهما الخسائر فإن ضمن الشاهدين رجوعاً على المشتري بالثمن إذا حل الأجل لأنهما قاما مقام البائع بالضمان وطالب لهما قدر مائة وتصدق بالفضل (قوله والاصل أن المعتبر في هذا بقاء من بقي لارجع من رجع) وهذا لأن الشهادة إنما تثبت المال والرجوع إنما يوجب الضمان لأنه اتلاف له فإذا بقي بعد رجوع من رجع من يستقل بإثبات المال بقي المال ثابتاً فلم يتحقق بالرجوع اتلاف شيء ومن المحال أن يضمن مع عدم اتلاف شيء وأما ما ورد من أنه ينبغي إذا رجع واحد من الاثنين أن لا يبقى شيء من المال لأن الواحد لا يثبت بشهادته شيء أصلاً فيقتضي أن يضمن الواحد الرجوع كل المال وهو مصادم للإجماع على نفيه وإنما كان الإجماع على نفيه لأن عدم ثبوت شيء بشهادة الواحد إنما هو في الابتداء ولا يلزم في حال البقاء ما يلزم في الابتداء وحينئذ قد عرفت ما ثبت ابتداء شيء بشهادة اثنين نسب إلى كل منهما في حال البقاء ثبوت حصته منه بشهادته فتبقى هذه الحصته ما بقي على شهادته ويكون متلفاً لهما رجوعه إذا عرف هذا فإذا رجع أحد الاثنين لزمه ضمان النصف لأنه ألتفه برجوعه (وإن شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم فلا ضمان عليه) لأنه بقي الحق من غير اتلاف شيء منه بقاء الشاهدين

ان كان المشهود به عيناً للمشهود عليه أن يضمن الشاهد بعد الرجوع قبض المشهود له العين أو لم يقبض لأن الشهود أزالوا الملك عنه بشهادتهم عند اتصال القضاء بهما حتى لا ينفذ تصرف المشهود عليه فيه فلو أزالنا العين عن ملكه باخذ الضمان منها لا يتبع المائلة بخلاف ما إذا كان المشهود به ديناً (قوله والاصل أن المعتبر في هذا بقاء من بقي لارجع من رجع) لأنه لو أعتقه برجوعه من رجع كان الضمان واجباً على

الملتف

عليك قصور هذا الدليل عن إثبات المدعي لاختصاصه بما بقي بعد رجوع من رجع

نصاب الشهادة والاولى أن يبين بوجه الصور كاهم يفرع عليه المسائل (قوله وعلى هذا إذا شهد الخ) أقول ينبغي أن يكون تقرير على الأصل الذي ذكره المصنف لا على ما أقامه من الدليل اظهر وعدم تفرعه عليه قليلاً (قوله فكذا بقاء) أقول فينبغي أن يضمن الرجوع كل الحق لا نصفه

أقول الضمان في قوله ملكهما في موضعين راجع إلى الشاهدين في قوله فالشاهدان بشهادتهما أزالاه الخ (قوله لأن وجوب الحق الخ) أقول لا يخفى

فبما اذا ائلف انسان مالز يدفعه القاضى له على المتلف بالضمان ثم استحق المتلف عروا وأخذ الضمان من المتلف سقط الضمان الثابت
لزيد بقضاء القاضى على المتلف فلا ينمعه بطريق الاولى لان الدفع أسهل من الرفع (فان رجوع الآخر ضمن الرجوعان نصف الحق) قيل
يجب أن لا يجب الضمان على الرجوع الاول أصلا لان المعتبر بقاء من بقي وبعد رجوع الاول كان نصاب الشهادة باقيا فاذا رجع الثانى فهو
الذى ائلف نصف الحق فيقتصر الضمان عليه وأجيب بان الضمان على الاول ثابت بطريق التبيين أو الانقلاب وذلك لان الاستحقاق كان
بشهادتهم جميعا ثم اذا رجع الاول ظهر كذبه واحتمل كذب غيره فاذا رجع الثانى تبين أن الاتلاف من ابتداء كان بشهادتهما أو لان
القضاء كان بالشهادة وهى موجودة منهما فى حالة واحدة فعند رجوع الاول وجد الاتلاف ولكن المانع وهو بقاء النصاب يمنع ايجاب الضمان
عليه فاذا رجع الثانى ارتفع المانع ووجب الضمان بالمقتضى (وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنه تسرع الحق لبقاء ثلاثة الارباع
ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنهما نصف الحق) لان نصف الحق باق لشهادة الرجل (٥٤١) (واذا شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا

ضمنان عليهن لانه بقي من
يبقى بشهادته كل الحق فان
رجعت أخرى كان عليهن
ربع الحق لانه بقي النصف
بشهادة الرجل والربع
بشهادة الباقية فبقي ثلاثة
الارباع

والمتلف متى استحق سقط الضمان فاولى أن يمنع (فان رجوع الآخر ضمن الرجوعان نصف المال) لان بقاء
أحدهم يبقى نصف الحق (وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنه تسرع الحق) لبقاء ثلاثة الارباع
ببقاء من بقي (وان رجعتا ضمنهما نصف الحق) لان شهادة الرجل بقي نصف الحق (وان شهد رجل وعشر
نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن) لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق (فان رجعت أخرى كان عليهن
ربع الحق) لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلاثة الارباع

والاستحقاق باق بالحجة (والمتلف متى استحق سقط الضمان) كما اذا ائلف مالز يدفعه القاضى بضمانه عليه فظهر
أن مستحقه عروا وفاته يأخذه ويسقط الضمان لزيد (فاولى أن يمنع) الضمان وما نحن فيه من هذا فان
بالرجوع ائلف على المشهود له حصته التى أئلفها له بشهادته له وصارت مستحقة للمشهدود عليه وببقاء من يبقى
كل الحق به ظهر استحقاق المشهود له لتلك الحصة دون المشهود عليه فيدفع الضمان للمشهدود عليه (فان
رجع آخر) من الثلاثة ضمن الرجوعان نصف المال لان بقاء الثالث يبقى نصف المال) فلو قال الرجوع
الاول كيف ضمن برجوع الثانى ما لم يلزم من ضمانه برجوع نفسه وقت رجوعى لا يقبل هذا كما لا يقبل
قول أحدهم لو رجع الثلاثة لا يلزم من شئ لأن غيرى يثبت به كل الحق فرجوع غيرى موجب عليه لاعلى
وحقيقة الوجه ان تلف النصف وان كان مما يستقل به رجوع واحد اذا فرض تحققه مع رجوع جماعة
تخاصصوا الضمان لانه ليس أحدهما أولى به من الآخر (وان شهد رجل وامرأتان فرجعت احدهما
ضمنت ربع المال لبقاء ثلاثة أرباعه ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنهما نصف لان شهادة الرجل يبقى نصف
الحق وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجعت) منهن ثمان فلا ضمان عليهن لانه بقي من يبقى بشهادته كل
الحق فان رجعت أخرى ضمن التسع (ربع الحق لبقاء النصف بشهادة الرجل) الباقى (والربع بشهادة

الراجع مع بقاء الحق هند وجوده مقيم وهو الشاهدان بان شهد ثلاثة ثم رجع واحد (قوله والمتلف متى
استحق سقط الضمان فاولى أن يمنع) كمن غصب ماله انسان وأتاه ثم استحق رجل ذلك المال بالبيعة فلا
ضمن للمتلف عليه على المتلف اذا لم يضمن المستحق شيئا وان رجع آخر ضمن الرجوعان نصف المال لانه بقي

الاظهر أن يقال اذا رجع الاول يظهر الاتلاف فضلا عن اتلافه لبقاء استحقاق المدعى به بالحق التامة فاذا رجع الثانى أيضا تبين سببه الاول في
الاتلاف أيضا لعدم الاولوية فليتأمل ثم ما ذكره هنا لا يخلو عن نوع مخالف لما أسلفه أنقامن أنه اذا رجع واحد من الثلاثة زال الاستواء
وظهر اضافة القضاء الى المثنى والجواب ان ذلك فيما اذا استمر الاثنان على شهادتهما وهذا ليس كذلك (قوله ثابت بطريق التبيين) أقول
التبيين انما يكون فى حكم مغيا بغاية ينتظر الوصول اليها فان وصل حكم بشبوتة والا فلا كذا فى هذا الكتاب قبيل باب الشهادة على الزنا (قوله
واحتمل كذب غيره الخ) أقول احتمالا أكثر من الاحتمال الثابت قبله لكن فائدة هذا الكلام غير ظاهرة (قوله كان بشهادتهما) أقول
لاستواء حالهم (قوله فعند رجوع الاول وجد الاتلاف) أقول أى علم وجوده بل علم قصده الاتلاف كما لا يخفى وفيه بحث ويمكن أن يقال للعل
المراد وجد الاتلاف الزعمى ثم للمؤمن أخذ بزعمه وقراره فكان ينبغى أن يضمن ولكن المانع وهو بقاء الخ هكذا ينبغى أن يفهم الكلام
والعلم عند الخبير بالعلام (قوله واذا رجع الثانى ارتفع المانع) أقول كثر الخلف فى المسمع ومضى المدة فى المستعاضة

(وان رجوع الرجل والنساء جميعا فعلى الرجل سدس الحق وعلى النساء خمسة أسداسه عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما على الرجل النصف وعلى النساء النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل واحد ولا ي حنيفة رحمه الله أن كل امرأتين قامت مقام رجل واحد) بالنص (قال صلى الله عليه وسلم في نقصان عقلمن عدلت شهادة اثنتين (٥٤٢) منهن بشهادة رجل واحد اذا كانتا كرجل صار كانه شهد بذلك ستة رجال ثم رجعا)

(وان رجوع الرجل والنساء جميعا فعلى الرجل سدس الحق وعلى النساء خمسة أسداسه عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما على الرجل النصف وعلى النساء النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل واحد ولا ي حنيفة رحمه الله أن كل امرأتين قامت مقام رجل واحد قال عليه السلام في نقصان عقلمن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد فصار كرجل اذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعا) (وان رجوع النسوة العشرة دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين) لما قلنا ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعا فالضمان عليهما دون المرأة لان الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف اليه الحكم قال (وان شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما وكذلك اذا شهدا باقل من مهر مثلها) لان منافع البضع غير متقومة عند التلاف لان التضمين يستدعي المماثلة

الباقية وان رجوع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النساء خمسة أسداسه عند أبي حنيفة وعندهما على الرجل النصف وعلى النساء النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام الرجل ولا ي حنيفة رحمه الله أن كل امرأتين قامت مقام رجل قال صلى الله عليه وسلم في نقصان عقلمن عدلت شهادة كل اثنتين منهن بشهادة رجل) (روى البخاري من حديث الخدرى رضى الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم قال يا معشر النساء تصدقن وأكثرن الاستغفار فانى رأيتهن أكثر أهل النار فقالت امرأة منهن يا رسول الله ما لنا أكثر أهل النار قال تكثرن اللعن وتكفرن العشير ما رأيت من ناقصات عقل ودين أغلب لدى اب منكم قالت يا رسول الله وما نقصان العقل والدين فقال أما نقصان العقل فشهادة امرأتين تعدل شهادة رجل فهذا نقصان العقل ونقصت اليد لا تصلى وتفطر في رمضان فهذا نقصان الدين (فصار كما لو شهد بذلك ستة رجال ثم رجعا وان رجوع النسوة العشرة دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين) يعنى بالاتفاق على اختلاف التفرع فيرجع عندهما لان الثابت بشهادتهن نصف المال وعند لبقاء من ثبت به النصف وهو الرجل كولو شهد ستة رجال ثم رجع خمسة ثم ليست احداهن أولى بضمان النصف من الآخر (ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعا فالضمان عليهما دون المرأة لان الواحدة ليست بشاهدة بل بعض شاهد (لان المرأتين شاهدوا احد فشهادة الواحدة شطر علة وشرط العلة لا يثبت به شئ فكان للقضاء ليس الا بشهادة الرجلين فلا تضمن المرأة عند رجوعها شيئا ولو شهد رجل واحد ولو شهد رجلان وثلاث نسوة ثم رجع رجل وامرأة وجب ضمان نصف المال لبقاء من يبق بشهادته نصف المال أعنى المرأتين ثم هو على الرجل خاصة على قولهما لثبوت النصف بشهادة الرجل والنصف بشهادة النساء وينبغى في قياس قول أبي حنيفة أن النصف اثنان على الرجل والمرأة لان القضاء هنا بشهادة الكل من الرجال والنساء على الشروع ثم يقام كل امرأتين مقام رجل ثلاث نسوة مقام رجل ونصف فان رجعا جميعا فعندهما أنصافا وعنده أخماس على النسوة ثلاثة أخماس على شهادة من يبق به نصف المار ويجوز أن لا يثبت الحكم لبداية بعض العلة ثم يبق ببقاء بعض العلة كبداية الحول لا ينقص على بعض النصاب ويبقى منعقدا ببقاء بعض النصاب فان قيل ينبغى أن يضم الزوجان الثانى فقط لان التلف أضيق اليه قلنا التلف يضاف الى المجموع لان رجوع الاول لم يظهر أثره بمجانع وهو بقاء من يبق فاذا رجع الثانى ظهر ان التلف بهما (قوله لان التضمين يستدعي المماثلة على ما عرف)

رجعوا) وفي وجه دالة الحديث على ذلك نظر وانما تم أن لو قال عدلت شهادة كل اثنتين منهن بشهادة رجل واحد والجواب أنه اطلق ولم يقيد بان ذلك في ابتداء أو مكررة فكان الاطلاق ككلمة كل (وان رجوع النسوة العشرة دون الرجل كان عليهن نصف الحق عندهما جميعا لما قلنا) ان المعتبر هو بقاء من يبق فالرجل يبق ببقائه نصف الحق (وان شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعا فالضمان عليهما دون المرأة لان المرأة الواحدة شطر العلة ولا يثبت به شئ من الحكم فكان القضاء مضافا الى شهادة رجلين دونهما فلا تضمن عند الرجوع شيئا قال (وان شهد شاهدان على امرأة بالنكاح الخ) وان شهدا على امرأة بالنكاح ثم رجعا فلا ضمان عليهما سواء كانت الشهادة بمقدار مهر مثلها أو باقل من ذلك لان المتلف ههنا منافع البضع ومنافع البضع عندنا غير مضمونة بالتلاف لان التضمين يقتضى المماثلة بالنص على ما عرف ولا بمماثلة بين العين والمنفعة)

(قوله الامع رجل فبعتين الخ) أقول يعنى ويتبعين رجل للقيام (قوله قال عليه الصلاة والسلام في نقصان عقلمن) أقول لفظا وانما فى قوله عليه السلام في نقصان للسببية (قوله ان لو قال عدلت شهادة الخ) أقول فلما لم يقل ذلك احتمل أن يكون العدد لبيان أدنى مرتبة ما يكون فيه النساء كالأرجل فاذا رذن عليه كان حكمهن حكم العدد المذكور كفى عدد أيام أدنى مدة السفر والحض (قوله فالرجل يبق ببقائه) أقول الضمير فى قوله ببقائه مراجع الى الرجل (قوله لان التضمين يقتضى المماثلة بالنص) أقول قال الله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما عدى عليكم

على ما عرف وانما تضمن وتقوم بالثلاث لانهم اتصروا بتقوية ضرورة الملك ابانة لخطر المحل (وكذا اذا شهدا على رجل بتزويج امرأة بمهر مثلها) لانه اتلاف بعوض المأان البضع متقوم حال الدخول في الملك والاتلاف بعوض

وعلى الرجل خمسان (قوله وان شهدا الى آخره) اذا ادعى رجل على امرأة نكاحا بقدر مهر مثلها او ادعاه باقل بان ادعاه بمائة ومهر مثلها ألف فشهد بذلك شاهدان فمقتضى شهادتهما ما يخرجهما لا يفسخ النكاح برجوعهما ولا يضمنان شيأ في الصورتين كما ذكره المصنف وذكر في المنظومة في صورة النقصان أنهما يضمنان ما نقص عن مهر مثلها عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف قال في باب أبي يوسف لو أنبتوا نكاحها فأكسوا رجوعا لم يضمنوا ما تجسوا ثم يدينه في شرحه المسمى بالحصر وجعل الخلاف مبنيا على مسئلة اختلاف الزوجين في قدر المهر فان عند أبي حنيفة ومحمد القول قولها الى مهر مثلها فكان يقضى لها بالف لولا هذه الشهادة فقد اتلفا عليها تسعة مائة وعند أبي يوسف القول للزوج فلم يتلفا على قوله عليها شيئا تبعه صاحب المجمع وما ذكره صاحب الهداية وهو المعروف في المذهب وعليه صاحب النهاية وغيره من الشارحين لم ينقلوا سواه خلافا لولا رواية وهو المذكور في الاصول كالبسوط وشرح الطحاوي والذخيرة وغيرهم وانما نقلوا فيها خلاف الشافعي فلو كان لهم شعور بهذا الخلاف الثابت في المذهب بين الائمة الثلاثة لم يعرضوا عنه بالسكينة ويستغفروا بنقل خلاف الشافعي وذكر واوجه بان البضع متقوم لثبوت تقويمه حال الدخول فكذلك في غيره لانه في حال الخرج عين ذلك الذي ثبت تقويمه وأجابوا بما حصل توجيه المصنف بان تقويمه حال الدخول ليس الا لظهار خطر حيث كان منه النسل المطالب في الدنيا والآخره وغير ذلك من النفع كما شرطت الشهادة على العقد عليه دون سائر العقود لذلك لا لا اعتباره متقوما في نفسه كالاعيان المسالمة لانه لا يرد الملك على رقبته والمنافع لا تتقوم فلا تضمن لان التضمن يستدعي المماثلة بالنص ولما مثاله بين الاعيان التي نخرز وتقول والاعراض التي تتصرم ولا تبقى وفرع في النهاية على الاصل المذكور وخلافية أخرى هي ما اذا شهدوا بالطلاق الثلاث ثم رجعوا بعد القضاء بالفرقة لم يضمنوا عندنا وكذا اذا قتل رجل امرأة رجل لا يضمن القاتل لزوجه شيئا وكذا اذا ارتدت المرأة لا شيء عليها لزوجها وعندنا عليه وعلى القاتل للزوج مهر المثل وأورد على قولنا نكحناهم أو جبووا الضمان بالاتلاف منافع البضع حقيقة فيما اذا ذكره مجنون امرأة فزنى بها يجب في ماله مهر المثل فكذلك يجب في الاتلاف الحكمي وأجاب نقلا عن الذخيرة بانه في الاتلاف الحقيقي بالشرع على خلاف القياس والحكمي دونه فلا يكون الوارد فيه وورد في الحكمي ونظيره ما في شرح الطحاوي لو ادعى أنه استاجر الدار من هذا اشهر بعشرة وأجرة مثلها مائة والمؤجر ينكر فشهدا بذلك ثم رجعا لاضمان عليهما لانهم ما تلغا المنفعة ومثل المنفعة لا ضمان عليه (قوله وكذا الاضمان عليهما اذا شهدا على رجل بتزويج امرأة بمهر مثلها) بان ادعت امرأة عليه بذلك فشهدا ثم رجعا لا يفسخ النكاح على كل حال بعد ما قضى

ولما مثاله بين البضع والمبال فاما عند دخوله في ملك الزوج فقد صار متقوما لظهار الخطر حتى يكون مصورا عن الابتذال ولا عاك مجاننا فان ما عاكه المرء مجاننا لا يعظم خطره وذلك محل له خطر مثل خطر النفوس لحصول النسل به وهذا المعنى لا يوجد في طرف الازالة وقال الشافعي رحمه الله يضمنان لها ما زاد على ما شهدا الى تمام مهر مثلها وأصل المسئلة ما اذا شهد شاهدان بالتطليقات الثلاث بعد الدخول ثم رجعا بعد القضاء بالفرقة لم يضمنوا شيئا عندنا وعند الشافعي رحمه الله يضمنان للزوج مهر المثل وكذلك ان قتل امرأة رجل لم يضمن القاتل شيئا من المهر عندنا وعند الشافعي رحمه الله يضمن مهر المثل وكذلك لو ارتدت المرأة بعد الدخول لم تغرم للزوج شيئا عندنا وعند الشافعي رحمه الله للزوج مهر المثل عليها لان البضع متقوم بدليل انه متقوم عند دخوله في ملك الزوج فيتقوم عند خروجه من ملكه أيضا لانه انما يخرج من ملكه عين ما دخل في ملكه فن ضرورة التقويم في إحدى الحالتين التقويم في الحالة الاخرى كمال البين فانه يتقوم عند ثبوته ابتداء ويتقوم أيا صاعدا الازالة بطريق الابتال وهو العتق حتى يضمن شهود العتق القيمة اذا رجعوا (قوله وكذا اذا شهدوا على رجل بتزويج امرأة بمهر مثلها) لانه اتلاف بعوض المأان البضع متقوم حال الدخول في

(قوله وانما تتقوم) جواب عما يقال لو لم تكن المنافع متقومة لكانت بالثلاث كذلك لان الخارج هو عين الداخل في الملك فن ضرورة التقويم في إحدى الحالتين تتقوما في الاخرى لكانها متقومة عند الدخول بالاتفاق ووجه ذلك أنها انما تضمن وتقوم بالثلاث ابانة لخطر المحل لانه محل خطير لحصول النسل به وهذا المعنى ليس بوجود في حالة الازالة ألا ترى أنه مشروط عند الثلاث بما ليس بمشروط به عند الازالة كالشهود والولي وموضعه أصول الفقه

(قوله ووجه ذلك الخ) أقول ناظر الى ما تقدم بسطه من وهو قوله جواب عما يقال الخ (قوله ابانة لخطر المحل) أقول حتى يكون مصونا عن الابتذال ولا عاك مجاننا فان ما عاكه المرء مجاننا لا يعظم خطره عندنا ثم لا يخفى عليك أن ذلك ليس بوجود في الاتلاف فلاجل هذا كان متقوما على المال دون المتلف (قوله لانه محل خطير) أقول يعني من النفوس

فلو أو جبا البيع في المدة لم يضمنا شيئا لأنه أزال ملكه باختياره فلم يتحقق الاتفاق (وان شهدا على رجل بأنه طلق امرأته قبل الدخول بهما ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما أكدا ما كانا على شرف السقوط) بالارتداد أو مطاوعة ابن الزوج وعلى المؤكدا ما على الموجب شبهة به ألا ترى أن المحرم إذا أخذ صيدا فذبحه شخص في يده فإنه يجب الجزاء على المحرم ويرجع به على (٥٤٥) القاتل لأنه أكدا ما كانا على شرف السقوط بالتخلف ولأن

الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ لعود المعقود عليه وهو البضع إلى المرأة كما كان والفسخ يوجب سقوط جميع المهر لأنه يجعل العقد كأن لم يكن فكان

إلى الكذب أصلا عنده بل عند الامين أيضا الذي جعل الفسخ مبنيا على حكم القاضي بالبيع والخييار فليست أم (قوله) فلو أوجب البيع في المدة أقول أي في مدة الخيار (قوله) لانهما أكدا ما كانا على شرف السقوط أقول يعني أكدا المهر الذي كانا على شرف السقوط قال لربيع وينقض هذا بمسئتين ذكرهما في التحرير احدهما امرأة لها على رجل ألف درهم مؤجلة فشهد الشهود أنها حاله فانخذت الألف منه فارتدت ولحق بدار الحرب

وسيت ثم رجع الشهود عن شهادتهم لا يضمنون وهذا الدين كان على شرف السقوط لأنه لو كان مؤجلا على حاله يسقط بارتدادها والثانية لو أن رجلا قتل امرأة قبل أن يدخل بها زوجها حتى لزمه جميع المهر لا يرجع

إلى احتمال السقوط باننا ولكن

(٦٩) - (فتح القدير والكفاية) - (سادس) على القاتل وان وجد التاكيد منه اذ لو اطلقه كان احتمال السقوط باننا ولكن نقول القتل منه للنكاح والشيء بانتهائه بتقرير الدين المؤجل ثابت في الحال وانما تأخر المطالبة ولهذا الوات من عليه الدين يحل ولولم يؤكدا بشهادتهم ما شيا اذ تحصيل الحاصل محال أو يقال لا نسلم بان دينه يسقط بل يكون لورثته ما يقتضي بهادتهم اقلية قط فبطل الانتقاض من الاصل انتهى قوله ولكن نقول القتل منه للنكاح المحل بحث

ولا فرق بين أن يكون البيع باتا وفيه خيار للبائع لان السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار اليه فتناف التالف اليهم (وان شهدا على رجل أنه طلق امرأته قبل الدخول بهما ثم رجعا ضمنا نصف المهر) لانهما أكدا ما كانا على شرف السقوط ألا ترى أن المطاوعة ابن الزوج أو ارتدت سقط المهر أصلا ولأن الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر كما مر في النكاح

معضياته ضمنا برجوعهما ثم قال المصنف (ولا فرق بين كون البيع باتا وفيه خيار للبائع لان السبب) يعني البيع (هو السابق) حتى استحق المشتري المبيع بزوائده وقد أزاله بشهادتهم فيضاف الحكم اليه عند سقوط الخيار اليه (فانضاف التالف إلى الشهود) وهذا جواب عن سؤال ذكره في المبسوط حاصله ينبغي أن لا ضمان عليهما لانهما إنما ابتعا البيع بشرط الخيار للبائع وبه لا يزول ملكه عن المبيع وانما يزول اذ لم يفسخ حتى مضت المدة واذا لم يفسخ حتى مضت المدة كان مختارا في ازاله ملكه عنه إلى غيره فلا يجب الضمان والجواب أن سبب التالف العقد السابق وثبوته بشهادتهم فيضاف اليهم غاية الأمر أنه سكت إلى أن مضت المدة وهو لا يستلزم رضاه لجواز كونه اختاره عن أن يضاف اليه الكذب لأنه قد أنكر العقد فاذا فسخ كان متهما بصدوره منه فيظهر للناس تناقضه وكذبه والعاقلة يحترزن عن مثله وكذا لو شهد بالعد على أن فيه خيار المشتري ومضت المدة ولم يفسخ وفي قيمة المبيع نقصان عن الثمن الذي شهد به ضمنا ولو أن الشهود عليه بالشراء أجازه في المدة سقط الضمان عنهما لأنه أناف ماله باختياره كإلجازه للبائع في شهادتهما بالخيار له بمن ناقص عن القيمة حيث يسقط أيضا (قوله) وان شهدا أنه طلق امرأته قبل الدخول ففضى بالفرقة ثم رجعا ضمنا نصف المهر) هذا اذا كان في العقد مهر مسمى فان لم يكن ضمنا المتعة لانها الواجبة فيه وذلك لانهما أكدا ما كانا على شرف السقوط وعلى المؤكدا ما على الموجب أما كونه على شرف السقوط فان المهر بحيث لو ارتدت الزوجة والعباد بالله تعالى أو طاعت ابن زوجها يسقط المهر أصلا وأما أن على المؤكدا ما على الموجب فبمسئلتين هما ما اذا أخذ محرم صيدا المحرم فقتله في يده آخر يجب الجزاء على الآخذ ورجع به على القاتل لأنه أكدا ما كان بحيث يسقط بان يتوب قبل طلقه وما اذا أكره رجل آخر على الطلاق قبل الدخول وجب على الزوج نصف المهر ويرجع به على المكره وكذلك بارتدادها ونحوه (ولأن الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط كل المهر كما مر في النكاح) أي من باب المهر من أن بالطلاق قبل

المال شرعا بدليل ان الشرع جوز للاب أن يزوجه ابنة الصغیر امرأة بمهر مثلها من مال الصغیر والوالد لا يكفل ابنة مالك الصغیر إلا بعوض يعده ألا ترى أنه لو خالع ابنته الصغیرة بماله لم يجز (قوله) ولا فرق بين أن يكون البيع باتا وفيه خيار للبائع) فان قيل البيع بشرط الخيار للبائع لا يزول ملكه عن المبيع وقد كان ممكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة فاذا لم يفعل فقد رضخ بهذا البيع فينبغي أن لا يضمنا شيئا قلنا زوال الملك وانما خال سقوط الخيار بالسبب هو البيع المشهود به ولهذا يستحق المشتري المبيع بزوائده فيكون الاتفاق أصلا بشهادتهما والبائع كان منهكرا الأصل البيع فلا يمكنه أن يتصرف بحكم الخيار مع انكاره لأنه اذا تصرف بحكم الخيار يصير مكررا بالبيع فيظهر كذبه عند الناس والعاقلة يتحاشى عن مثله فلهذا لا يعتبر تمكنه من الفسخ في دفع الضمان عن الشاهدين (قوله) ولأن الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ وانما قال في معنى الفسخ ولم يقل هو ففسخ لان النكاح بعد الزوم لا يقبل الفسخ لكن لما عاد كل المبدل وهو

وجوب نصف المهر على الزوج ابتداء بطريق المتعسب سبب شهادتهما فيجب الضمان بالرجوع وإنما قال في معنى الغسخ لان النكاح بعد الازوم لا يقبل الغسخ لكن لما عا دكل المبدل الى ملكها من غير تصرف فيه أشبه الغسخ (وان شهدا أنه أعنتق عبده) ففضي بذلك (ثم رجعا ضمنا فمبته لانهما أنانما ماله العبد عليهم من غير بدل) وذلك يوجب الضمان والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بالضمان فكذلك الولاء لانه نابع له قبل ينبغي أن لا يكون الولاء للمولى لانه ينكر العتق وأجيب بانه مكذب في ذلك شرعا بقضاء القاضي بالخنوقل لما ثبت الولاء ثبت العوض فالتسفي الضمان وأجيب بانه لا يصلح عوضا لانه ليس بعمال متقوم ثم لا يختلف الضمان باليسار والاعسار لكونه ضمانا اتسلاف وأنه لا يختلف بذلك

(قال المصنف لانهما أنانما ماله العبد عليهم من غير عوض) أقول والولاء لا يصلح عوضا لانه ليس بعمال متقوم بل هو كالنسب في الحديث المشهور

ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة فكان واجبا بشهادتهم قال (وان شهد أنه أعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته) لانهما تلغا ماله العبد عليه من غير عوض والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا الضمان

الدخول يعود المعقود عليه اليها كما كان سالما فلا يجب بمقابلته شيء (ثم يجب نصف المهر ابتداء) فقد أو جبا بشهادتهم ما عليه ما لا يجب ضمناه عليهم او انما قال في معنى الغسخ ولم يقل فسخ لانه ليس حقيقة الغسخ والالم ينقص من عدد الطلاق شيء وانما هو في معناه بسبب عود المعقود عليه اليها سالما ولم يذكر المصنف ما لو شهدا بالطلاق بعد الدخول مع أنه مذكور في القدوري والبداية وحكمه أن لا يجب ضمان لان البضع لا تقوم له حال الخروج وما دفع من المهر قد اعتاض عنه منافع البضع فلم تلغاعليه ما لا بعوض وفي الخفة لم يضمن الا ما زاد على مهر المثل لان بقدر مهر المثل اتلاف بعوض وهو منافع البضع التي استوفاهما ثم المعروف أن الشاهد من لا يضمنان سوى نصف المهر من غير ذكر خلاف وخرج بعضهم أن ذلك قول أبي حنيفة وأبي يوسف وجمعا لله أما على قول محمد فيضمنان المهر أفما زاد على نصف المهر الى تمامه لانهما رجوعا عنهما ثم إن الزوج لم يطلقها وانما وقع بالقضاء به فعند أبي حنيفة رجعه الله وقوعه بالقضاء كبيع الزوج وبيع الزوج ليس لها الا النصف وعند محمد رجعه الله القضاء به ليس ايقاعا منه فيبقى حقا ما يتأني كل المهر وفوقه بشهادتهما فقد أتلفا انتهى والوجه عدمه لان القضاء بالوقوع انما هو عنه تسكيد ياله في انكاره الطلاق على أن نقل هذا الخلاف غريب ليس في الكتب المشهورة فلا يعول عليه (قوله وان شهد أنه أعتق عبده) فغضى بالعتق (ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما تلغاعليه) ما لا متقوما (بلاعوض) فيضمنان سواء كانا موسرين أو معسرين لانه ضمان اتلاف وهو لا يتقيد باليسار (والولاء للمولى لان العتق من جهته) وهو وان كان منكر للعتق صار مكذبا شرعا وانما لا يتحول للشاهدين بضمناهما لان العتق لا يقبل الانتقال ولا يكون الولاء عوضا فانها للضمان لانه ليس بمال بل هو كالنسيب سبب لو رث به ولو كانا شهدا بتدبير العبد وقضى به كان عليهما ضمان ما بين قيمته مدبر وغير مدبر وقد سلف في كتاب العتق قدر نقصان التدبير وان مات المولى بعد رجوعهما فعتق من ثالث تركته كان عليهما بقية قيمته عبد الوارثته ولو شهدا بالكتابة ضمنا تمام قيمته والفرق أنهما بالكتابة حالا بين المولى وبين ماله العبد بشهادتهما فساكنانا غاصبين فيضمنان قيمته بخلاف التدبير فانه لا يتحول بين المولى وبين مدبره بل ينقص ماله ثم اذا ضمننا تبعها المكاتب على نجومه لانهما قالا مقام المولى حين ضمنا قيمته ولا يعتق المكاتب حتى يؤدي اليهما الجميع كما كان كذلك مع المولى ولاؤا الذي شهدا عليه بالكتابة وان عجز فرد في الرق كان لمولاه لان رقبته تصر مملوكة للشاهدين بالضممان لان المكاتب لا يقبل النقل من ملك الى ملك وورد المولى ما أخذ منهما والحوالته ما برده في الرق فهو كغاصب المدبر اذا ضمن قيمته بعد اباقة ثم جع يكون مردودا على المولى وورد المولى على الغاصب ما أخذه منه ولو كانا شهدا على اقراره بان هذه الامة ولدت منه فغضى بذلك ثم رجعا ضمنا للمولى نقصان قيمته اذ ذلك بان تقوم أمسة وأم ولدوا جازيها مع الامرمة فيضمنان ما بين ذلك فان مات المولى بعد ذلك فعتقت كان عليهما بقية قيمته أمة للورثة وان هما نصافي

البضع الى المرأة كما كان صار بمنزلة فسخ البيع قبل القبض وفي كل موضع اذا تم الفسخ يجعل كان العقد لم يبر بين المتعاقدين اهو ما كان لهما الى ملكهما كلافه في هذا التقدير كان وجوب نصف المهر على الزوج ابتداء ليكون العقد بسبب الفسخ كان لم يبرن وذلك الوجوب على الزوج كان بسبب شهادة الشاهدين فعند الرجوع يضمنان الزوج ما تلغاعليه من وجوب نصف المهر (قوله كما مر في النكاح) أي في باب المهر (قوله وان شهدا على انه أعتق عبده) وقضى القاضي به ثم رجعا ضمنا قيمته العبد لانهما تلغاعليه ملكا هو مال منقوم فيضمنان موسرين كانا أو معسرين لان هذا ضمان اتلاف الملك وأنه لا يختلف باليسار والاعسار ولا يمنع وجوب الضمان عليهما بشبوت الولاء للمولى لان الولاء ليس بمال متقوم بل هو كالنسيب فلا يكون عوضا عما تلغاعليه من ملك المال فان قيل ينبغي أن لا يكون الولاء للمولى لانه ينكر العتق قلنا

قال (واذا شهد بقتل شخص ثم جاع الخ) اذا شهد على رجل بالقتل فاقصص منه ثم جاع الخ (ولا يقتصص منه ما قال المشافعي يقتصص منه ما وجد القتل تسبباً فاشبهه المكروه) أي فاشبهه بالسبب ههنا وهو الشاهد المكروه ان كان اسم فاعل أو فاشبهه القاضي المكروه لانه كالمجانب شهدتهم حتى لو لم يرأى جوب كفران كان اسم مفعول وقيل أشبهه الولي المكروه وهو ليس بشئ لانه ليس بالمجانب القتل وقوله (بل أولى) أي التسبب ههنا أولى من الاكراه لان التسبب موجب من حيث لا قضاء والافضاء ههنا أكثر لان المكروه يمنع عن القتل ولا يعان عليه والولي يعان على الاستيلاء فكان هذا أكثر افضاء ومع ذلك يقتصص من المكروه للتسبب فن الشاهد أولى (ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد) وهو ظاهر وهو مستغنى عنه ههنا لانه لم يختلف فيه أحد وليس له (٥٤٧) تعلق بما نحن فيه الا أن يكون إيماء الى أن المباشر للقتل وهو

الولي لما لم يلزمه القصاص فكيف يلزم غيره وهو تكلف بعيد وكذا تسبباً لان التسبب الى الشئ هو ما يغني اليه

(قال المصنف واذا شهد الى قوله ضمننا الدية) أقول قال ابن الهمام والدية على عاقلة الشهود انتهى وفيه بحث لان العاقلة لا تعقل اعترافاً (قوله وقيل أشبهه الولي المكروه وهو ليس بشئ لانه ليس بالمجانب القتل الخ) أقول نعم الا أنه كالمجانب حيث ظهور اثاره القصاص بالطبع تشبهاً على ما يعرف به ومن تأمل كلام المصنف أعنى قوله لان الولي يعان لا يتردد في الظهيرة ارادة الولي من المكروه على تقدير كونه اسم مفعول ثم اعلم ان صاحب القيل السفتاني والسكاكي (قال المصنف ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسبباً) أقول أي تسبباً يوجب القصاص اذا الكلام فيه

فلا يتحول الولاء (وان شهدوا بقصاص ثم جاعوا بعد القتل ضمنوا الدية ولا يقتصص منهم) وقال الشافعي رحمه الله يقتصص منهم لم يوجد القتل منهم تسبباً فاشبهه المكروه بل أولى لان الولي يعان والمكروه يمنع ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسبباً لان التسبب ما يغني اليه

شهدتهم على اقراره في ابن في يده انه منه بان شهد انه أقر أنها ولدت منه هذا الولد كان عليهم ما ذكرنا للمولى قيمة الولد فان قبضهما ثم مات فورثه هذا الابن كان عليه أن يرد على الشاهدين ما ورث مثل ما كان الميت أخذ منهن ما من قيمته وقيمة أمه لانه يقول الميت أخذ من غير حق وانه دين في تركته لهما والذي عندي انه ينبغي أن يضمنا للورثة مقدماً ما ورث الابن لان ما أتلوا عليهم بشهادتهم (قوله واذا شهدوا بقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمننا الدية ولا يقتصص منهم) وهو مذهب مالك خالفنا لا شهاب الدية على عاقلة الشهود ومذهب أحدنا قالوا خطأ ضمننا الدية في مالهما وان قالوا نعمنا ناقص منهم (وقال الشافعي رحمه الله يقتصص لوجود القتل) منهما (تسبباً فاشبهه المكروه) فانه تسبب بشهادته في قتل الولي كما أن المكروه تسبب باكرامه في قتل المكروه فيقتل كما يقتل المكروه (بل هو أولى منه لان ولي القصاص) بعد الشهادة (يعان) على قتل المشهود عليه ولا ينكر عليه أحد (والمكروه) لا يعان على القتل باكرامه بل (يمنع) وينكر عليه للعلم بأنه محظور عليه (ولنا ان القتل) من الشاهد (لم يوجد) تسبباً (لان التسبب ما يغني اليه) أي الى

بقضاء القاضي بالحق صار مكذباً شرعاً لان القاضي لما قضى بالعقوب من المولى تبعه الولاء وشهود الكفاية عند الرجوع يضمنون قيمة العبد بخلاف شهود التدبير فانهم يضمنون النقصان عند الرجوع دون قيمة العبد والفرق بينهما ان الشاهدين في الكتابة حلالين المولى وبين مال العبد بشهادتهم ما عليه فكذلك الغاصبين فيضمنان قيمته بخلاف التدبير فانهم حلالين المولى ومذنبين لكن انتقص بالتدبير مال العبد فيضمنان النقصان ثم الشاهدان يتبعان المكاتب بالكتابة على نجومها لانها ما قام مقام المولى في ذلك حين ضمننا قيمته الا يعق المكاتب حتى يؤدي ما عليه لانه قبل رجوع الشاهدين ما كان يعق الا بعد أداء جميع الالف للمولى فكذلك حاله مع الشاهدين بعد ما ضمننا القيمة واذا أدى عتق والولاء لذى كاتبه لان الشاهدين قاما مقام المولى في قبض بدل الكتابة منه فاداه اليهما كادائه الى المولى وان عجز ورد في الرق كان لمولاه لارقبته لم يصير لموكة للشاهدين اذا المكاتب ليس بعمل النقل من ملك الى ملك فرجوعه ما غشيه صحيح في حقه ويرد المولى ما أخذ من الشهود عليهم لان الحيلة قد زالت بهجز المكاتب وهو نظير غاصب المدبر اذا ضمن القيمة بعد ما أبق ثم رجع فيكون مردوداً على مولاه و رد المولى على الغاصب ما أخذ منه (قوله فاشبهه المكروه) وبيان الشبهة أن المكروه مسبب غير مباشر وكذلك الشاهد مسبب غير مباشر والمكروه يقتل قصاصاً كذلك الشهود (قوله بل أولى) وبيان الاوليه ان الشهادة في السببية والافضاء الى القتل فوق الاكراه لان الولي

لا يطلق التسبب فانه مما لا يحال لا نكراه قال الامام السرخسي ذكرك في الاسرار ومن مشايخنا من قال في تعييل المسئلة بان الشهود مسببون الا انه ضعيف لان المذهب عنده ان المسبب والمباشر واحد لا يرى انه يلزمه الكفارة الا ان حافر البئر بمنزلة القاتل بسوط صغير لان الحفر لا يعد للقتل وضعاً كالضرب بسوط صغير مرة أو مرتين فاما الشهادة فطريق مسلول لا خدماً ثبت بالشهادة فكان كالضرب بما يقصد به القتل وفي السكاكي في قوله في الهداية ولنا ان القتل الى قوله يؤخر حياته طاهر امشك لان الامر على القلب فالظاهر أن الولي يقدم على القتل لكونه مبااحاً وبه يدرك تاراه والظاهر أن المكروه لا يقدم لانه لا يباح له قتله ويحتمل أن يردع المكروه عنه أو يلحقه الغوث انتهى قال المصنف (لان السبب) أقول الا ان اللام بدل من المضاف اليه والضمير في اليه راجع اليه غالباً وهو السبب المجتبى أو ما يجري مجراه قال المصنف (ما يغني اليه

غالباً ما نحن فيه ليس كذلك لأن العفو مندوب إليه قال الله تعالى وأن تعفوا أقرب للتقوى بخلاف المكروه فإن الاكراه يقضى الى القتل غالباً لأن المكروه يؤثر حياته ظاهره والقائل أن يقول ظهوراً يشار حياته أما أن يكون شرعاً أو طبعاً والاول ممنوع لأن المسلم مندوب الى الصبر على القتل فصار كالمفعول عن القصاص والثاني مسلم ولكن معارض بطبيعته وعلى المقتول فإنه يؤثر التشفي بالقصاص ظاهراً ولهذا تنزل فقال (ولان الفعل الاختياري) يعني سلمنا أن ثمة تسيبياً ولكن الفعل الاختياري يقطع نسبة ذلك الفعل الى غيره والفعل ههنا هو القتل وجد من الولي باختياره (٥٤٨) الصحيح فقطع نسبته الى الشهود سلمنا انه لا يقطع نسبته الى الشهود لكن لا أقل أن يورث

غالباً وههنا لا يقضى لان العفو مندوب بخلاف المكروه لانه يؤثر حياته ظاهراً ولان الفعل الاختياري مما يقطع النسبة ثم لا أقل من الشبهة وهي دارنة للقصاص بخلاف المال لانه يثبت مع الشبهات والباقي يعرف في ما تسبب فيه (غالباً) والشهادة لا تنقض الى قتل الولي على وجه الغلبة وان أفضت الى القضاء به بل كثيراً ما يقع ثم تقف الناس في الصلح على قدر الدية بل على قدر بعضهما فلم تغض غالباً اليه بل قد وقدر في الناس من يغلب عليه طلب التشفي ومنهم من يغلب عليه العفو بالمال يرى أنه جمع بين ما هو الاحب للشارع وحصول مال ينتفع به فهو جمع بين دنيا وأخرى ولا شك أن هذا بالنظر الى مجرد ذاته ومفهوماً يقتضي كثرة وجوده بالنسبة الى القتل فكيف اذا علم كثرة وقوعه واذا انتفى التسيب من الشاهد حقيقة انتفى قتله (بخلاف المكروه) يعني نغالف الولي المكروه (لان) الغالب أن (الانسان يؤثر حياته) على حياة غيره فكان المكروه باكرهه مسبباً حقيقة حيث ثبت بفعله ما هو المفضى للقتل بسبب الايثار الطبيعي ولا يصح قياس الشاهد عليه لانتفاء الجامع وهو اثبات ما يقضى غالباً الى الفعل ووجه آخر وهو (أن الفعل الاختياري) ذي الاختيار الصحيح أعني قتل الولي المعترض بعد الشهادة (مما يقطع نسبة الفعل) الى الشاهد كما عرف فبين فلك انسان قيده فابق باختياره وأمثاله كن دفع انساناً في بئر حفرة ما غير تعدى فانه يدفعه - الاختياري انقطع نسبة التلف الى الحافر فلا وجود له بسبب مع المباشرة بخلاف المكروه فانه وان اعترض فعله الاختياري عن الاكراه لكن اختياره اختياراً فاسداً لا كراه عليه فكان كالاختيار ولذا لا يصح مع اختياره هذا البيع ولا اجازة بيعه ولا اجازة ونحوها فلم يصلح لقطع نسبة الفعل عن المكروه فاعتبر المكروه كالألة للمكروه قتل هذا ذلك القتل على انه لو لم يقطع الاختيار الصحيح النسبة الى الشاهد فلا أقل من أن يوجب شبهة في ايجاب القصاص عليه والقصاص يندري بالشبهات (بخلاف المال فانه يثبت مع الشبهة) وقوله فأشبهه المكروه بكسر الراء وقوله يعان على استيفاء القصاص والمكروه يمنع عنه شرعاً عادة نعتي يتمتع المكروه من المباشرة فلا يقضى الى القتل غالباً فاذا قتل المكروه وهو المسبب فلان يقتل الشاهد وهو التسيب فوق المكروه أولى (قوله لان العفو مندوب) قال عز سبحانه فمن تصدق به فهو كفارة له عقيب قوله والجروح قصاص وقال وان تعفوا أقرب للتقوى وعن النبي عليه السلام من كظم غيظاً وهو يقدر على انفاذه ملاً الله قلبه امناً وإيماناً وروى ناذي مناد يوم القيامة أين الذين كان أجورهم على الله فلا يقوم الامن عفاً (قوله ولان الفعل الاختياري) مما يقطع النسبة) أي القتل الصادر من الولي باختياره الصحيح من غير اجبار مما يقطع نسبة القتل الى الشهود فكان الفعل متصوفاً على الولي فلم يكن الشاهد فاعلاً لان التدخل فعل فاعل مختار يقطع النسبة الى الاول كن حل قيد عبد انسان فابق العبد لا ضمان على الحال لما قلنا بخلاف المكروه فان له اختياراً فاسداً والمكروه اختياراً صحيحاً والفاسد في مقابلة الصحيح بمنزلة المعضوم فصار المكروه بمنزلة الألة للمكروه فلذلك انتقل فعلى المكروه الى المكروه (قوله بخلاف المال) أي الدية

شبهه يندري بها القصاص فان قيل لو أوردت شبهة لا تدفع الدية أيضاً لانه بدل القصاص أجاب بقوله (بخلاف المال لانه يثبت بالشبهات) فلا يلزم من سقوط ماسقط بالشبهات سقوط ما ثبت بها وقد تضمن هذا الدليل الجواب عن صورة الاكراه فانه لم يتخلل هناك من المباشرة فعل اختياري يقطع النسبة عن المكروه لان اختياره فاسد واختيار المكروه صحيح والفاسد في مقابلة الصحيح في حكم العدم فجعل المكروه كالألة والفعل الموجود منه كالوجود من المكروه وموضعه أصول الفقه وان رجع أحدهما فعليه نصف الدية فان رجع الولي معهما أوجاه المشهود بقتله حياً فلولي المقتول الخيار بين تضمين الشاهد وتضمن القاتل لان القاتل متلف حقيقة والشاهد من حكما والاتلاف الحكمي في حكم الضمان كالحقيقي فان ضمن الولي لم يرجع على الشاهد بشئ لأنه ضمن بفعله مباشرة

المختلف

أقول منقوض بحافز البئر والجواب أن المراد بسبب القتل الذي يوجب القصاص ما يقضى الى القتل غالباً

فلينأمل وان شئت التفصيل فراجع الى الكشف شرح البرزوي في مباحث السبب (قوله واقائل أن يقول الى قوله بالقصاص ظاهراً) أقول بين الظاهر وبين فرق ظاهر فان ايثار الحياة مطبوع عليه الحيوان ألا يرى أن المكروه بالقتل يكون كسلوب الاختيار بخلاف ايثار التشفي فانه ليس بتلك المثابة إذ يمنع عنه كثير ايثار العفو ابتغاء الثواب مع انه مطبوع على حب الثناء في العاجل واظهار السمحة والكرم أيضاً وذلك يدعو الى العفو فليتأمل (قوله ولهذا تنزل فقال ولان الفعل الخ) أقول أي ولكون هذا السؤال متوجهاً تنزل للمصنف (قوله يعني سلمنا أن ثمة الخ) أقول اذا كان كلام المصنف منعاً ليكون اعتراض الشارح خارجاً عن الآداب

لنفسه باختياره وان ضمن
الشاهد من لم يرجع على
الولي في قول أبي حنيفة خلافا
لهما قالوا كانا عاملين للولي
فبرجعتا عليه وقال ضمننا
لاتلاف المشهود عليه حكما
والتلف لا يرجع عما ضمن
بشيء عليه غير وتعام ذلك
بما فيه وعليه يعرف في
المختلف تصنيف الفقيه أبي
الليث لاتصنيف علاء الدين
العالم قال (واذا رجح
شهود الفروع ضمنوا
بالاتفاق) لان الشهادة في
مجلس الحكم صدرت منهم
فكان التلف مضافا اليهم
ولو رجح الاصول فاما أن
يقولوا لم تشهد الفروع على
شهادتنا أو يقولوا أشهدناهم
غالطين أو رجحنا عن ذلك
فان كان الاول فلا ضمان
على الاصول بالاجماع لانهم
أنكروا سبب الاتلاف وهو
الاشهاد على شهادتهم او لا
يبطل القضاء لانكارهم
خبر محتمل للصدق والكذب
فصار كما لو شهد الاصول
وقضى بشهادتهم ثم رجعوا
وان كان الثاني فكذلك
عند أبي حنيفة وأبي يوسف
رحمهما الله وقال محمد رحمه
الله ضمنوا (لهما أن القضاء
وقع بشهادة الفروع لان
القاضي يقضى بما يباين من
الحجة) وقد عاين شهادتهم
والموجود من الاصول شهادة
في غير مجلس القضاء وهي
لبست بجمعة حتى تكون
سببا لاتسلاف (وله أن

المختلف قال (واذا رجح شهود الفروع ضمنوا) لان الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم (ولو رجح شهود الاصول وقالوا لم تشهد شهود الفروع على شهادتنا فلا ضمان عليهم) لانهم أنكروا السبب وهو الاشهاد فلا يبطل القضاء لانه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء (وان قالوا أشهدناهم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد رحمه الله وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا ضمان عليهم) لان القضاء وقع بشهادة الفروع لان القاضي

والمكره منع بفتحها والمراد بالمختلف مختلف الرواية للفقيه أبي الليث وفي شرح الجامع الكبير للعتابي اذا شهدوا على رجل أنه قتل فلانا خطأ أو عدا فقتل بذلك وأخذ الولي الدية في الخطأ وقتل القاتل في العمد ثم جاء المشهود بقتله حيا فاعاقلة في الخطأ ان شاور رجعا على الاخذ لانه أخذ بغير حق ولا يرجع هو على أحد وان شاور ضمنوا الشهود لانهم تسببوا للتلف بغير حق وهم يرجعون على الولي لانهم ملكو المضمون وهو الدية باداء الضمان فتبين أن الولي أخذ ما لهم وفي العمد لا يجب القصاص على الولي ولا على الشهود لان القضاء أورش شبهة لكنه تجب الدية ويخير ورثة المقتول بين أن يضموا الولي الدية ولا يرجع هو على أحد وبين أن يضموا الشاهدين وهما لا يرجع عن أبي حنيفة رحمه الله لانهم لم يملكو المضمون وهو الدم لانه لا يقبل التمسك لانه ليس مالا وعندهما يرجعون بما ضمنوا لان أداء الضمان انعقد سببا للملك المضمون لكن لم يثبت الملك في المضمون لعدم قبوله فيثبت في بدله كمن غصب مديرا وعصبه آخر ومات في يده ضمن المالك الاول يرجع على الثاني بما ضمن لما قلنا كذا هذا (قوله واذا رجح شهود الفروع ضمنوا) وهذا بالاتفاق (لان الشهادة) التي (في مجلس القضاء) وهي التي بها القضاء (صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجح شهود الاصول وقالوا لم تشهد شهود الفروع على شهادتنا لم يضموا) ولم يذكر المصنف خلافا وفي شرح القدوري لابي نصر البغدادى قال هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يضمون وهو رواية عن أبي حنيفة انتهى وذكر أبو المعين في شرح الجامع الكبير فيما اذا شهد فرعان على شهادة شاهدين على رجل أنه قتل فلان بن فلان خطأ فقتل بالدية على عاقلة وقبضها الولي ثم جاء المشهود بقتله حيا لا ضمن الفروع لعدم رجوعهم وعدم ظهور كذبهم بيقين لجواز أن الاصلين أشهداهم غير أن الولي يرد على عاقلة ما أخذ منها ولو حضر الاصلان وقالوا لم نشهد هما لم يلتفت الى انكارهما ولا ضمان على الاصلين أما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فلا ضم للرجع عما بان قالوا أشهدناهم بما باطل لا ضمان عليهم لان شهادتهم او اشهادهما للفروعين كاتافي غير مجلس القضاء فلا يكون سببا للضمان كالمرجوع في غير مجلس القضاء فاذا لم يضمنا بالرجوع فكذا اذا ظهر المشهود بقتله حيا فاما عند محمد فيضمنان بالرجوع ثم قال هنا لا يضمنان يعني قال محمد في انكار الاصول الاشهاد لا يضمن الاصلان ثم ذكر تردد في أنه قاله على قول أبي حنيفة وأبي يوسف خاصة أو قاله اتفاقا أو ما صاحب النهاية فصرح بان عدم الضمان بالاجماع قال المصنف في وجهه (لانهم أنكروا) أي شهود الاصل (السبب وهو الاشهاد وذلك لا يبطل القضاء لانه خبر محتمل) الصدق والكذب (فصار كرجوع الشاهد) يعني بعد القضاء لا ينقض به الشهادة لهذا (بخلاف ما) اذا نكروا الاشهاد (قبل القضاء) لا يقتضي بشهادة الفروعين كما اذا رجعا وقبله هذا اذا قالوا لم نشهدهم (فان قالوا أشهدناهم وغلطنا) أو أشهدناهم ورجعنا (ضمن الاصول) هكذا

(قوله لانهم أنكروا والسبب) أي سبب اتلاف مال المدعى عليه وهو الاشهاد على شهادتهم ولا يبطل القضاء للعارض بين الخبرين فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء لانهم أنكروا التحميل ولا بد منه (قوله لان القضاء وقع بشهادة الفروع) من الوجه الذي ذكرنا أي أبو حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله إشارة الى قولهما ان القاضي يقضى بما يباين من الحجة وهو شهادة الفروع وبشهادة الاصول من الوجه الذي ذكر أي محمد رحمه الله من قوله ان الفروع نقسوا شهادة الاصول

الفروعين فاما مقام الاصلين في نقل شهادتهما الى مجلس القاضي والقضاء يحصل بشهادة الاصلين ولهذا يعتبر عدلتهما فصارا كأنهما حضرا

بأنفسهم ما شهدوا ثم رجعوا فذلك (٥٥٠) يلزمهم الضمان فكذا ههنا (ولو رجع الأصول والفروع جميعا فعندهما يجب الضمان)

قضى بما يعاين من الجسته وهى شهادتهم وله أن الفروع نقلا وشهادة الأصول نصار كائهم حضروا (ولو رجع الأصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير) لأن القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد رحمه الله المشهود عليه بالخيار أن شاء ضمن الأصول وإن شاء ضمن الفروع لأن القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذى ذكرنا وبشهادة الأصول من الوجه الذى ذكرنا فى خبرنا متغايرون أن فلا يجمع بينهما فى التضمن (وان قال شهود الفروع كذب شهود الأصول أو غلطوا فى شهادتهم لم يلتفت إلى ذلك) لأن أمامضى من القضاء لا ينتقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لأنهم مارجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع قال (وان رجع المزركون عن التزكية ضمنوا)

أطلق القدر وى وحكم المصنف بان الضمان قول محمد أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فلا ضمان على الأصول لمحمد أن الفروعين نقلا وشهادتهم إلى المجلس ووقع القضاء بها كائهم ما حضر بانفسهم أو أديا فاذا رجعا ضمننا وغاية الأمر أن تكون شهادتهم مما ليست فى المجلس حقيقة لكنها يابى حكما باعتبار أنها المنقولة فعملنا بالحقيقة عند عدم الرجوع والحكم عند الرجوع ولا حاجة إلى اعتبار الفروعين نائبين عن الأصولين فيكون فعلهما كما فعلهما ليرتفع فانه لو كان كذلك لعمل منع الأصولين إياهما مع الأداء بعد التضمين ولا يعمل فلها ما بل عليهم أن يؤدوا لو منعاهما بعد التضمين ولا يخيروا في حقه أو في يوسف رحمهما الله أن القضاء انما وقع بشهادة الفروع لأنهم شهدوا بشهادة الأصول فهو كالمشهد وأحق أن يرضى به بشهادتهم وهذا لأن القاضى انما يقضى بما عاين من الجسته وهى شهادتهم وما إذا ثبت أن القضاء ليس إلا بشهادتهم لم يضمن غيرهما وقد أحرر المصنف دليل محمد وعادته أن يكون المراجع عندهما آخره (قوله ولو رجع الأصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع) بناء على ما عرف لهما من (أن القضاء انما وقع بشهادة الفروع) والضمان انما يكون برجوع من قضى بشهادته (وعند محمد المشهود عليه بالخيار أن شاء ضمن الأصول وإن شاء ضمن الفروع لأن القضاء وقع بشهادة الفروع ومن الوجه الذى ذكرنا) أى محمد رحمه الله وهو أن الفروع نقلا وشهادة الأصول فاقضاء بالشهادة المنقولة وهى شهادة الأصول وقوله (والجتهتان متغايرون) جواب عما يقال لم يجمع بين الجتهتين فيضمن كلامن الفريقين نصف الملتف فقال هما متغايرون لأن شهود الأصول يشهدون على أصل الحق وشهود الفروع يشهدون على شهادتهم وقيل لأن أحدهما أشهاد والآخرى أداء للشهادة في مجلس القضاء ولا تجاسة بين الشهادتين فلا تعتبر شهادة الفريقين بمنزلة شهادة واحدة بأمر واحد فلهم أن يجمع بين الفريقين في التضمن بل أثبت الخيار في تضمنين أى الفريقين شاء ولا يرجع واحد من الفريقين إذا ضمن بما أدى على الفريق الآخر بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب فانه إذا ضمن الغاصب يرجع على غاصبه لأن كلامن الفريقين مؤاخذ بفعله فاذا ضمنه المشهود عليه لا يرجع به على الآخر بسبب أن الملتف نقل شهادة الأصول إذ لو لا اشهاد الأصول ما تمكن الفروع من النقل ولو لا نقل الفروع لم يثبت النقل فكان فعل كل من الأصول والفروع فى حق المشهود عليه سبب الضمان أما الفروع قبل النقل وأما الأصول فبضميلهم الفروع على النقل اذ بضميلهم لزمهم ذلك شرعا حتى يأثموا لو تركوا النقل بخلاف الغاصب مع غاصبه (قوله وان رجع المزركون عن التزكية) بعد القضاء بالمال (ضمنوا) المال أطلقه القدر وى وذكر المصنف وغيره أن ذلك قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما

(قوله والجتهتان متغايرون) لأن شهادة الأصول على أصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الأصول فلا يجمع بينهما فى التضمن أى لا يقال أن كل فريق يضمن النصف بل يجعل كل فريق كالمتفرد وللمشهود عليه الخيار كالغاصب مع غاصب الغاصب فان المفعوب منه أن يضمن أم ما شاء (قوله وان رجع المزركون عن التزكية ضمنوا) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يضمنون لأنهم أنشأوا على الشهود نصاروا كشهود

على الفروع لا غير لما سر أن القضاء وقع بشهادتهم (وعند محمد المشهود عليه بخبر) بين تضمنين الأصول والفروع عملا بالدليان وذلك (لأن القضاء وقع بشهادة الفروع ومن الوجه الذى ذكرنا) أبو حنيفة وأبو يوسف (وبشهادة الأصول من الوجه الذى ذكرنا محمد) والعمل بها أولى من إهمال أحدهما فان قيل فلم يجمع بين الجتهتين حتى يضمن كل فريق نصف الملتف أجاب بقوله (والجتهتان متغايرون) لأن شهادة الأصول كانت على أصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الأصول ولا تجاسة بينهما ليحصل السك في حكم شهادة واحدة فلم يبق إلا أن يكون الضمان على كل فريق كالمتفرد عن غيره وانما يرد دليل محمدى المستثنين يدل على اختيار المصنف قول محمد (وان قال شهود الفروع كذب شهود الأصول أو غلطوا فى شهادتهم لم يلتفت إلى قولهم) ولا يطل به القضاء لانه خبر محتمل ولا ضمان عليهم لأنهم مارجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع وذلك لا يقيد شيا قال (وان رجع المزركون عن التزكية ضمنوا الخ) اذا شهدوا بالزنا فزكوا فرجع المشهود عليه ثم ظهر

وهذا

أقول المراد بالجتهتين هو ما ذكره المصنف من وجهى محمد والامامين

الشهود عبيدا أو كفو أو أقال ثبتوا على التزكية فلا ضمان عليهم لانهم اعتمدوا على ما سمعوا من اسلامهم وحررتهم ولم ينسب كذبهم بما أخبروا من قول الناس انهم احرار مسلمون ولا على الشهود لانه لم يبين كذبهم ولم تقبل شهادتهم اذ لا شهادة للعبيد والكفار على المسلمين والدينية في بيت المال وان رجوعا عن تركيتهم وقالوا تعمدنا ضمنوا عند أبي حنيفة ووجه الله خلافا لهما لان المزكّن ما ثبتوا سبب الاتلاف لانه الزنا وما تعرضوا له وانما اتوا على الشهود بخبر ولا ضمان على المثنى على الشهود (٥٥١) كشهود الاحصان وله ان التزكية لا يعمل

للشهادة اذا القاضى لا يعمل بالشهادة الا بالتزكية وكل ما هو كذلك فهو بمنزلة علة العلة من حيث التأثير وعلة العلة كالعلة في اضافة الحكم اليها وانما قال بمعنى علة العلة لان الشهادة ليست بعلة وانما هي سبب اضيف اليه الحكم لتعذر الاضافة الى العلة بخلاف شهود الاحصان لانه ليس العلة في القتل بل العلة فيه الزنا والاحصان ليس مثبتا للزنا فشهوده لا يثبتون الزنا فليس علة لعلة القتل يجب الضمان بل هو شرط محض أي عند وجوده فيكون الحد كذا وتعام المزكّر في الحد زجما كان أو جلد ليس الا الزنا لانه قد يقال من طرفهما ان الحكم لا يضاف الى علة العلة الا عند عدم العلة وعند وجودها لا يضاف الا اليها وهذا فرع ذكره في المبسوط شهدوا بالزنا وركوا وقال المزكّن هم احرار مسلمون فرجم ثم تبين أنهم عبيد أو كفو أو أقال ثبت المزكّن على أنهم احرار مسلمون ولا ضمان عليهم ولا على الشهود أما الشهود فلانه لم يبين كذبهم في الشهادة بل الواقع أن لا شهادة على المسلمين من عبيد أو كفو أو أقال المزكّن كون فلا نهم اعتمدوا قول الناس في ذلك وليس اخبارهم القاضى بذلك شهادة وأما لورجوعوا وقالوا تعمدنا الكذب فعلمهم ضمان الذي عند أبي حنيفة ووجه الله وعندهما الذي في بيت المال في الوجهين لان المزكّن ما ثبتوا سبب الاتلاف وهو الزنا وانما اتوا على الشهود بخبر أو أقال حنيفة يقول جعلوا ما ليس به وجب أعنى الشهادة موجبا بالتزكية الى آخره يعني ما ذكرنا (قوله واذا شهد شاهدان باليمين) أي شهدوا بتعليق طلاق زوجته قبل الدخول به بدخول الدار أو بتعليق علق عسده به ثم شهد آخر بدخول الدار فقصى بالطلاق والعناق ثم رجع الغريقان (فالضمان) لنصف المهر وقيمة العبد (على شهود اليمين خاصة) واحترز لاحصان وله ان التزكية اعمال للشهادة لان الشهادة انما تصير حجة بالعدالة والعدالة انما تثبت بالتزكية فصارت في معنى علة العلة كالرعي فانه سبب اضي السهم في الهواء وذاسبب الوصول الى المرى وذاسبب الجرح وذاسبب ترادف الا لام وذاسبب الموت ثم الموت اضيف الى الرعي الذي هو العلة الاولى حتى يجب عليه أحكام القتل من الغصاص والدية بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض والشهادة على الزنا بدون اليمين موجبة للعقوبة وشهود الاحصان ما جعلوا ما ليس به وجب وجبا وأما الشهادة فلا توجب شيئا بدون التزكية فمن هذا الوجه يقع الفرق بينهما ولهذا يشترط الذكورة في المزكّن كشهود الزنا وثبت الاحصان بشهادة النساء مع الرجال ثم الاحصان في معنى السلامة لان حكم الشرط ان يمنع انعقاد العلة الى أن يوجد الشرط والزنا اذا وجد لم يتوقف عليه على احصان يحدث بعده فانه اذا زنى ثم أحسن لا يرجع ولو كان الاحصان اذ ثبت كان معر وفالحكم الزنا فثبت انه سلامة لا شرط فلم يتعلق به الوجود والوجوب اذا الحكم لا يضاف الى المظهر فلهذا لم يضمنوا بحال (قوله واذا شهد شاهدان باليمين) يعني شهدا أنه قال عبده ان دخلت الدار فانت

هذا عند أبي حنيفة ووجه الله وقالوا لا يضمنون لانهم اتوا على الشهود بخبر افساروا كشهود الاحصان وله ان التزكية اعمال للشهادة اذا القاضى لا يعمل بها الا بالتزكية فصارت بمعنى علة العلة بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض (واذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة) لانه هو السبب والتلف يضاف الى مثبت السبب دون الشرط المحض ألا ترى أن القاضى يقضى لا يضمنون لان القضاء الذي به الاتلاف لم يقع بالتزكية بل بالشهادة فلم يضاف التالف اليهم فلا يضمنون (وصاروا كشهود الاحصان) اذا رجعوا بعد الرجوع لا يضمنون الدية بتا قنا ولا يضمنون علة العلة لان التزكية علة اعمال الشهادة والشهادة علة التلف فصار التلف مضافا الى التزكية لان الحكم يضاف الى علة العلة كما يضاف الى العلة بخلاف الاحصان لانه ليس العلة في القتل بل العلة فيه الزنا والاحصان ليس مثبتا للزنا فشهوده لا يثبتون الزنا فليس علة لعلة القتل يجب الضمان بل هو شرط محض أي عند وجوده فيكون الحد كذا وتعام المزكّر في الحد زجما كان أو جلد ليس الا الزنا لانه قد يقال من طرفهما ان الحكم لا يضاف الى علة العلة الا عند عدم العلة وعند وجودها لا يضاف الا اليها وهذا فرع ذكره في المبسوط شهدوا بالزنا وركوا وقال المزكّن هم احرار مسلمون فرجم ثم تبين أنهم عبيد أو كفو أو أقال ثبت المزكّن على أنهم احرار مسلمون ولا ضمان عليهم ولا على الشهود أما الشهود فلانه لم يبين كذبهم في الشهادة بل الواقع أن لا شهادة على المسلمين من عبيد أو كفو أو أقال المزكّن كون فلا نهم اعتمدوا قول الناس في ذلك وليس اخبارهم القاضى بذلك شهادة وأما لورجوعوا وقالوا تعمدنا الكذب فعلمهم ضمان الذي عند أبي حنيفة ووجه الله وعندهما الذي في بيت المال في الوجهين لان المزكّن ما ثبتوا سبب الاتلاف وهو الزنا وانما اتوا على الشهود بخبر أو أقال حنيفة يقول جعلوا ما ليس به وجب أعنى الشهادة موجبا بالتزكية الى آخره يعني ما ذكرنا (قوله واذا شهد شاهدان باليمين) أي شهدوا بتعليق طلاق زوجته قبل الدخول به بدخول الدار أو بتعليق علق عسده به ثم شهد آخر بدخول الدار فقصى بالطلاق والعناق ثم رجع الغريقان (فالضمان) لنصف المهر وقيمة العبد (على شهود اليمين خاصة) واحترز لاحصان وله ان التزكية اعمال للشهادة لان الشهادة انما تصير حجة بالعدالة والعدالة انما تثبت بالتزكية فصارت في معنى علة العلة كالرعي فانه سبب اضي السهم في الهواء وذاسبب الوصول الى المرى وذاسبب الجرح وذاسبب ترادف الا لام وذاسبب الموت ثم الموت اضيف الى الرعي الذي هو العلة الاولى حتى يجب عليه أحكام القتل من الغصاص والدية بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض والشهادة على الزنا بدون اليمين موجبة للعقوبة وشهود الاحصان ما جعلوا ما ليس به وجب وجبا وأما الشهادة فلا توجب شيئا بدون التزكية فمن هذا الوجه يقع الفرق بينهما ولهذا يشترط الذكورة في المزكّن كشهود الزنا وثبت الاحصان بشهادة النساء مع الرجال ثم الاحصان في معنى السلامة لان حكم الشرط ان يمنع انعقاد العلة الى أن يوجد الشرط والزنا اذا وجد لم يتوقف عليه على احصان يحدث بعده فانه اذا زنى ثم أحسن لا يرجع ولو كان الاحصان اذ ثبت كان معر وفالحكم الزنا فثبت انه سلامة لا شرط فلم يتعلق به الوجود والوجوب اذا الحكم لا يضاف الى المظهر فلهذا لم يضمنوا بحال (قوله واذا شهد شاهدان باليمين) يعني شهدا أنه قال عبده ان دخلت الدار فانت

السبب اذا صلح لاضافة الحكم اليه لا يصار الى الشرط ككافر البتر مع الملقى فان الضمان عليه دون الكافر (قوله ألا ترى) توضيح للاضافة الى السبب دون الشرط فان القاضى يسمع الشهادة باليمين ويحكم بها (قوله فان ثبتوا على التزكية الخ) أقول سبق هذا البحث في باب الشهادة على الزنا (قوله أو قال ذلك لانه الخ) أقول ههنا نوع مسامحة اذ يدل على أن يقول لانه لا يضمنون لانهم اتوا على الشهود بخبر افساروا كشهود الاحصان وله ان التزكية اعمال للشهادة اذا القاضى لا يعمل بها الا بالتزكية فصارت بمعنى علة العلة بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض (واذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة) لانه هو السبب والتلف يضاف الى مثبت السبب دون الشرط المحض ألا ترى أن القاضى يقضى لا يضمنون لان القضاء الذي به الاتلاف لم يقع بالتزكية بل بالشهادة فلم يضاف التالف اليهم فلا يضمنون (وصاروا كشهود الاحصان) اذا رجعوا بعد الرجوع لا يضمنون الدية بتا قنا ولا يضمنون علة العلة لان التزكية علة اعمال الشهادة والشهادة علة التلف فصار التلف مضافا الى التزكية لان الحكم يضاف الى علة العلة كما يضاف الى العلة بخلاف الاحصان لانه ليس العلة في القتل بل العلة فيه الزنا والاحصان ليس مثبتا للزنا فشهوده لا يثبتون الزنا فليس علة لعلة القتل يجب الضمان بل هو شرط محض أي عند وجوده فيكون الحد كذا وتعام المزكّر في الحد زجما كان أو جلد ليس الا الزنا لانه قد يقال من طرفهما ان الحكم لا يضاف الى علة العلة الا عند عدم العلة وعند وجودها لا يضاف الا اليها وهذا فرع ذكره في المبسوط شهدوا بالزنا وركوا وقال المزكّن هم احرار مسلمون فرجم ثم تبين أنهم عبيد أو كفو أو أقال ثبت المزكّن على أنهم احرار مسلمون ولا ضمان عليهم ولا على الشهود أما الشهود فلانه لم يبين كذبهم في الشهادة بل الواقع أن لا شهادة على المسلمين من عبيد أو كفو أو أقال المزكّن كون فلا نهم اعتمدوا قول الناس في ذلك وليس اخبارهم القاضى بذلك شهادة وأما لورجوعوا وقالوا تعمدنا الكذب فعلمهم ضمان الذي عند أبي حنيفة ووجه الله وعندهما الذي في بيت المال في الوجهين لان المزكّن ما ثبتوا سبب الاتلاف وهو الزنا وانما اتوا على الشهود بخبر أو أقال حنيفة يقول جعلوا ما ليس به وجب أعنى الشهادة موجبا بالتزكية الى آخره يعني ما ذكرنا (قوله واذا شهد شاهدان باليمين) أي شهدوا بتعليق طلاق زوجته قبل الدخول به بدخول الدار أو بتعليق علق عسده به ثم شهد آخر بدخول الدار فقصى بالطلاق والعناق ثم رجع الغريقان (فالضمان) لنصف المهر وقيمة العبد (على شهود اليمين خاصة) واحترز لاحصان وله ان التزكية اعمال للشهادة لان الشهادة انما تصير حجة بالعدالة والعدالة انما تثبت بالتزكية فصارت في معنى علة العلة كالرعي فانه سبب اضي السهم في الهواء وذاسبب الوصول الى المرى وذاسبب الجرح وذاسبب ترادف الا لام وذاسبب الموت ثم الموت اضيف الى الرعي الذي هو العلة الاولى حتى يجب عليه أحكام القتل من الغصاص والدية بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض والشهادة على الزنا بدون اليمين موجبة للعقوبة وشهود الاحصان ما جعلوا ما ليس به وجب وجبا وأما الشهادة فلا توجب شيئا بدون التزكية فمن هذا الوجه يقع الفرق بينهما ولهذا يشترط الذكورة في المزكّن كشهود الزنا وثبت الاحصان بشهادة النساء مع الرجال ثم الاحصان في معنى السلامة لان حكم الشرط ان يمنع انعقاد العلة الى أن يوجد الشرط والزنا اذا وجد لم يتوقف عليه على احصان يحدث بعده فانه اذا زنى ثم أحسن لا يرجع ولو كان الاحصان اذ ثبت كان معر وفالحكم الزنا فثبت انه سلامة لا شرط فلم يتعلق به الوجود والوجوب اذا الحكم لا يضاف الى المظهر فلهذا لم يضمنوا بحال (قوله واذا شهد شاهدان باليمين) يعني شهدا أنه قال عبده ان دخلت الدار فانت

وان لم يشهد بالدخول (ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه) ومال شمس الأئمة السرخسي الى عدم وجوب الضمان على شهود الشرط وفيما اذا كان اليمين ثابتا باقرار المولى ورجع شهود الشرط من بعض المشايخ أنهم يضمنون لان العلة لا تصلح لاضافة الحكم اليها ههنا فانهم ليست بتعدد فيضاف الى الشرط خلعا عن العلة وشبهه بحجر البئر قيل وهو غلط بل الصحيح من المذهب أن شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في الزيارات لان قوله أنت حرم مباشرة الاتلاف يضاف الحكم الى العلة دون الشرط سواء كان بطريق التعدي أو لا بخلاف مسألة (٥٥٣) الحفر فان العلة هناك تنقل الماشي وليس ذلك من مباشرة الاتلاف في شيء فلذلك

بشهادة اليمين دون شهود الشرط ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه ومعنى المسئلة يمين العتاق والطلاق قبل الدخول * (كتاب الوكالة) *

بلغت خاصة عن قول زفر فانه يوجب الضمان على الغريقين بالسورية قال لان التلف حصل بشهادتهم قلنا القضاء بالعتق والطلاق انما هو بثبوت قوله أنت طالق وأنت حر فانه العلة في الوقوع وهو الذي سماه المصنف السبب وذلك انما أثبتته شهود اليمين بخلاف شهود الدخول لان الدخول لم يوضع شرعا لطلاق ولا عتاق فلم يكن علة وإذا ضمن الدافع مع وجود الحافر وهما مسميان غير أن الدافع مثبت لسبب أقرب من الحفر لان العلة انما هي النقل فلان يضمن مباشر العلة دون مباشر السبب أولى ومن هذا اذ رجع شهود التخير مع شهود اختيارها لنفسها يضمن شهود الاختيار خاصة لان الاختيار هو العلة والتخير سبب ولا يلزم على هذا اذا شهد أنه تزوج فلانه وشهد آخر أن أنه دخل بها وقضى بكل المهر ثم رجعوا يجب الضمان على شهود الدخول وان كان وجوب المهر بالتزويج لان شهود الدخول أثبتوا أن الزوج استوفى عوض ما وجب عليه بالتزويج فخرجت شهادتهم ما من أن تكون اتلافهم مقتضى ما في وجه انفراد شهود اليمين بالضمان أن يجب على شهود الشرط لو رجعوا وحدهم بتسببهم باثباتهم ما يثبت السبب عنده بخلاف ما اذار جع معهم شهود اليمين وحتى المصنف فيه اختلف المشايخ قال العتاق قال أكثر المشايخ يضمنون لانهم تسميوا في التلف بغير حق لان له أثر في وجود العلة عنده فيكون سببا للضمان عند عدم العلة بخلاف الاحصان لانه انما في منع وجود العلة لان الدخول في نكاح صحيح سبب الامتناع من الزنا لسبب اثباته فلا يلحق بالعلة وجعل شمس الأئمة هذا عن بعض مشايخنا معنى ما ذكرنا من كلام العتاق ثم قال وهذا غلط بل الصحيح من المذهب أن شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في الزيارات لان قوله أنت حرم مباشرة الاتلاف وعند وجود الشرط يضاف اليه لا الى الشرط سواء كان تعديا أو لا بخلاف مسألة الحفر فان العلة هناك تنقل الماشي وذلك ليس من مباشرة الاتلاف في شيء فلهذا يجعل الاتلاف مضافا للشرط وهو ازالة المسكة ثم لا يخفى عليك أن صورة رجوع شهود الشرط وحدهم اذا أقر بالتعلق فشهد بوجود الشرط وأما لو شهدا ثنان عليه بالتعلق وأخرا أن بوجود الشرط ثم رجع شهود الشرط وحدهم فلا ينبغي أن يختلف في عدم الضمان عليهم والله أعلم * (كتاب الوكالة) *

حرا وقال لا امرأته وهي غير مدخول بها ان دخلت الدار فانت طالق (قوله ولو رجع شهود الشرط وحدهم) اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يضمنون لان الشرط اذا سلم عن معارضة العلة صلح علة لان العلة لم تجعل عللا بذواتها فاستقام ان يخلفها الشرط والصحيح ان شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في الزيارات والى هذا مال شمس الأئمة السرخسي والى الاول نفر الاسلام البردوي ولو شهدا بالتعويض وأخرا بانها طلقت أو اعتقت فالتعويض كالشرط

* (كتاب الوكالة) *

اعقب

السلام وكل حكيم بن حزام بشراء الاصبية والاجاع فان الامه قد أجعت على جوازها من

(قوله وان لم يشهد بالدخول) أقول فيه تأمل * (كتاب الوكالة) (قوله والشهادات من التعاضد الخ) أقول ولان الشهادة من التعاضد المأمور به دون الوكالة فانها كما سيجيء آتفاقة جائرة فاستحققت التأخير (قوله وقد يكون فيها التعاضد أيضا) أقول كما اذا كان وكيلًا بالمبيع أو الشراء مثلا (قوله وهي عقد جائز بالكتاب وهو قوله تعالى فابعثوا أحدكم بالآية) أقول فان قيل لم لا يجوز أن يكون رسالة قلنا الرسالة تبليغ السلام الى الغير بلا تدخل له في التصرف والمبعوث الى المدينة كان مأمورا بشراء الطعام

بجعل الاتلاف مضافا الى الشرط (قوله ومعنى المسئلة) يريد به صورة المسئلة وقد قدمناها في صدر البحث والله سبحانه وتعالى أعلم

* (كتاب الوكالة) *

اعقب الشهادات بالوكالة لان الانسان لما خلق مدينا بالطبع يحتاج في معاشه الى تعاوض وتعاوض والشهادات من التعاضد والوكالة منه وقد يكون فيها التعاوض أيضا فصار كالمركب من المفردا أثر تأخيرها والوكالة تكسر الوارد وفتحها اسم للتوكيل من وكالة اذا فوض اليه ذلك والوكيل هو القائم بما فوض اليه كأنه فعيصل بمعنى مفعول لانه موكول اليه الامر أي مفوض اليه وفي اصطلاح الفقهاء عبارة

عن اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم وهي عقد جائز بالكتاب وهو قوله تعالى فابعثوا أحدكم بورقكم هذه الى المدينة ولم يلحقه التكبير والسنة هو ما روي أنه عليه

اعقب الشهادة بالوكالة لان كلام من الشاهد والوكيل ساع في تحصيل مراد غيره من الموكل والمدعى معتمدا عليه -
كل منهما والوكالة لغة بفتح الواو وكسر هاء اسم للتوكيل وهو تفويض أمرك الى من وكتبه اعتمادا عليه
فيه ترفها منك أو عجزا عنه والوكالة أبد المالحجز والترفه وكل منهما للضعف ولذا كان معسفى الوكل من فيه
ضعف وفسر قول أبيد

وكأني ملجم سودا نفا * أجديا كره غير وكل

والسودا نقي والسودق والسودنيق الشاهين والاحدل الصقر نسب فرسه اليه ووكاه جعله وكيلاي
مغوضا اليه الامر ومنه وكل أمره الى فلان ومن هذا قول الخطيب

فلا يا قصر الطرف عنهم بحرة * أمون اذا واكتهم الا توكل

يعنى اذا فوضت أمرها اليها لا توكل نفسها الى أن أحسنها على السير بل تستمر على جدها في السير ولا تضعف
فده أو توكل قبل الوكالة أو تكلت عليه اعتمادا وتكالت قلبت الواو ياء لسكونهم وانكسروا ما قبلها
ثم أبدلت تاء فاذنبت في تاء الافتعال وأما الوكيل فهو القائم بما فوض اليه من الأمور وهو فاعيل بمعنى
مفعول أي موكول اليه الامر فاذا كان قويا على الامر قادرا عليه نصوحا تم أمر الموكل فاذا رضى سبحانه وتعالى
أن يكون وكيلا عنك واعتمدت على غيره فهو الحرمان العظيم فكيف اذا أوجبته عليك لتحقق مصلحة
فصلامته قال الله عز وجل رب المشرق والمغرب لا اله الا هو فاتخذوه وكيلا وعلى هذا استمرار احسانه وبره لاله
غيره وأما سر عاقل التوكيل اقامة الانسان غيره مقامه في تصرف معلوم فلولم يكن التصرف معلوما ثبت به أدنى
تصرفات الوكيل وهو الحفظ فقط وفي المبسوط قال علماءنا فيمن قال لا خير وكتبت بمالي أنه يملك بهذا اللفظ
الحفظ فقط وقال الامام المحبوبي اذا قال لغيره أنت وكيلى في كل شئ كان وكيلا بالحفظ وأما سبب اذفع الحاجة
المحققة اليها كما سيظهر في كلام المصنف وأما ركنها فالالفاظ الخاصة التي بها تثبت من قوله وكتبت ببيع هذا
أو شرائه مع اقتترانه بقبول مخاطب صريحا ودلالة فيما اذا سكنت فلم يقبل أو يرد ثم عمل فانه ينفذ ويظهر
بالعمل قبوله وروى بشر عن أبي يوسف أنه اذا قال لغيره أحببت أن يبيع عبيدى هذا أو قال هويت أو
رضيت أو وافقتنى أو شئت أو أردت أو وددت ونحو ذلك فهو توكيل ولو قال لا أنمك عن طلاق زوجتى
لا يكون توكيلا فلو طلق لا يقع ولو قال لعبده لا أنمك عن التجارة لا يصير مأذونا وقال الفقيه أبو الليث الجواب
في الوكالة كذلك أما في الاذن يجب أن يكون مأذونا في قول علماءنا لأن العبد يسكون المولى بصير مأذونا وهذا
فوق السكوت ذكره في الذخيرة ولا بد من كون المعنى أن قوله لا أنمك في حال عدم مباشرة العبد ببيع فوق
سكوتة اذا رآه يبيع وتقدم عن المحبوبي أنت وكيلى في كل شئ يكون بالحفظ قالوا فلماذا فقال أنت وكيلى في
كل شئ جاز صنفك أو أمرك فعند محمد يصير وكيلا في البياعات والاجارات والهبات والطلاق والعناق حتى
ملك أن ينفق على نفسه من ماله وعند أبي حنيفة في المعاوضات فقط ولا يلى العتق والتبرع وفي فتاوى بعض
المتأخرين عليه الغتوى وكذا لو قال طلقت امرأتك ووقفت أرضك الاصح انه لا يجوز ومثله اذا قال وكتبت في
جميع أمورى ولو قال فوضت أمر مالي اليك يصير وكيلا بالحفظ فقط وكذا فوضت أمرى اليك الصريح
انه مثله وفي المبسوط اذا وكره بكل قليل أو كثير فهو وكيل بالحفظ لا بتقاض ولا ببيع ولا شراء وفوضت لك
أمر مستغلا وكان أجره مالك تقاضى الاجرة وقبضها وهذا أمر دوني ملك التقاضى وأمر دواي ملك الحفظ
والرى والتعليق وأمر مما يلى ملك الحفظ والنفقة وفوضت اليك أمر امرأتى ملك طلاقها واقتصر على
المجلس بخلاف ما لو قال وكتبتك الوصاية حالة الحياة وكالة بغير موصاية لان المنظر واليه المعانى
وكتبتك في كل أمورى وأنتك مقام نفسى ايسر توكيلا عاما فان كان له صناعة معلومة كالتجارة مثلا ينصرف
الى ذلك وان لم يكن له صناعة معلومة ومعاملاته مختلفة قالو وكالة باطالة ولو قال وكتبتك في جميع الأمور والى

الوكيل القائم بما فوض اليه والجمع الوكالة فانه مفعول لانه موكول اليه الامر أي مغوض اليه
والوكالة بالسكسر مصدر والتوكيل والفتح لغة ومنه وكره بالبيع فتوكل به أي قبل الوكالة وقولهم الوكيل الحافظ

قال (كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره) لأن الإنسان قد يجوز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الأحوال فيحتاج إلى أن يوكل به غيره فيكون سبيل منه دفعاً للحاجة

يجوز التوكيل فيها فتوكل عام يتناول البياعات والانكحة وأما شرطها فإسباغ عند قوله ومن شرط الوكالة أن يكون الوكيل ممن يملك التصرف وتلزمه الأحكام وأما صفتها فانها من العقود الجائزة غير اللازمة حتى ملك كل من الموكل والوكيل العزل بالرضا لا بخبر كإسباغ أن شاء الله تعالى ولكون شرعية غير لازمة قد المحققون قول بعض المشايخ فيما لو قال كلما عزلتلك فانت وكيلى لا يملك عزله لأنه كلما عزله تعبد وكالته فان تعليق الوكالة بالشرط جائز فانه يستلزم كون الوكيل كالمعزول لا جازة فالحق إمكان عزله ثم اختلفوا في تحقيق لفظ العزل فقيل أن يقول عزلتلك عن جميع الوكالات فينصرف إلى المعلق والمنجز وقيل لا يصح لأن العزل فرع قيام الوكيل وذلك انما يتحقق في المنجز لأن المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط فالصحيح أن يقول عزلتلك عن الوكالة المنفذة ورجعت عن الوكالة المعلقة والرجوع عنها صحيح وقال الفقيه أبو جعفر وطهري الذين يجب أن يقدم الرجوع عن المعلقة على العزل عن المنفذة لأنه إذا قدم العزل عن المنفذة تنجزت وكالة أخرى من المعلقة وقيل هذا لما يلزم إذا كان لفظ الرجوع يخص المعلقة احتراز عن قول أبي يوسف أن الانحراج عن المعلقة بلفظ العزل لا يصح وأما على قول محمد أنه يجوز فلا وهو المختار وأما حكمها فجواز مباشرة الوكيل ما وكل به وثبوت حكمه للموكل ولا بد من تقييده بكونه الحكم الأصلي المقصود بالذات من الفعل الموكل به والافق أحكام البيع التمكن من المطالبة بالثمن والبيع والخصومة في ذلك وليس ثبت ذلك للموكل (قوله كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به) هذا ضابط لأحد فلا يرد عليه أن المسلم لا يملك بيع الخمر وملك توكيل الذي به لأن إبطال القواعد بإبطال الطرد لا العكس ولا يطل طرده عدم توكيل الذي مسلم ببيع خمر وهو يملكه لأنه يملك التوصل به بتوكيل الذي فصدق الضابط لأنه لم يقل كل عقد يملكه توكيل كل أحد به بل التوصل به في الجلالة وانما يرد عليه توكيل الوكيل الذي لم يفوض إليه التصرف مطلقاً فانه يملك العقد الذي وكل به ولا يملك التوكيل به فذكر وأن المراد أنه يملكه بمجرد أهليته

والوكالة الحفظ فذلك مسبب عن الاعتماد والتفويض كذا في المغرب والوكالة في اللغة اسم للتوكيل وهو تفويض التصرف إلى الغير وسمى الوكيل به لأن الموكل وكل إليه القيام بأمره أي فوضه إليه واعتمد فيه عليه وقيل التوكيل في الشرع عبارة عن إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم حتى أن التصرف إذا لم يكن معلوماً ثبت به ادنى تصرفات الوكيل وهو الحفظ وهي مشروعة بالسكاب قال الله تعالى فابعدوا أحدكم بوزنكم هذه إلى المدينة أخبر الله تعالى عن أهل الكهف أنهم وكلوا واحداً منهم بشراء الطعام وما قص الله تعالى عن الأمم الماضية بالانكار يكون شريعة لنا ما لم يظهر ناهيهم والسنة فقد وكل رسول الله عليه السلام حكيم ابن حزام بشراء أخصيته واجتماع الأمهات والمعتقول فقد يجوز الإنسان عن حفظ وطنه عند خروجه إلى السفر وقد يجوز عن التصرف في ماله لقلة هدايته أو لكثرة اشغاله أو لكثرة ماله فيحتاج إلى تفويض التصرف إلى الغير بطريق الوكالة فان قيل التوكيل صحيح عند عدم العوارض فلا كانت محجة الوكالة بسبب هذه المعاني لا تحصر فيها قلنا حكمه الحكم تراعى في الجنس لا في الأفراد كالسفر مع المشقة وهذا من قبيل ذلك (قوله كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره) ولا ترد على هذا محجة توكيل المسلم الذي بشراء خمر وبيعه لأن ذلك عكس وليس بطرد فلا يرد قضا لأنه لم يقل كل عقد لم يجز أن يعقده بنفسه لا يجوز أن يوكل به غيره فان قيل يرد في طرده نقض وهو أن الذي يملك بيع الخمر بنفسه لا يجوز له أن يوكل المسلم ببيعه قلنا الذي يملك بيع الخمر نفسه وملك توكيل غيره ببيعه أيضاً ضاحي أنه لو وكل ذمياً آخر ببيعهما يجوز وانما لم يجوز توكيل المسلم ههنا المعنى في المسلم وهو أنه مأمور بالاجتناب عنها وفي جواز التوكيل ببيعهما اقتراحها والحرمة إذا جاءت من قبل المحل لا تكون هي مانعة لعبارة التصرف بلفظ الكل حتى إن قلنا لو قال كل من

لقد رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا وشبهها تتعلق البقاء المقسود بتعاطيها ورواها عن روى بشر عن أبي يوسف إذا قال الرجل لغيره أحييت أن تبيع صدي هذا أو هويت أو رزيت أو شئت أو أردت فذلك توكيل وأمر بالبيع وشرطها أن يملك الموكل التصرف ويلزمه الأحكام كما سذكر وصفتها أنها عقد جائز يملك كل من الموكل والوكيل العزل بدون رضا صاحبه وحكمها جواز مباشرة الوكيل ما فوض إليه قال (كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه الخ) هذه ضابطة يتبين بها ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز فان مبناء الاحتياج فقد يتفق وهو عاجز عن المباشرة (فيحتاج إلى التوكيل

(قوله هذه ضابطة يتبين بها الخ) أقول مخالف لما سمي من قوله أن العكس غير لازم وغير مقصود (قوله فقد يتفق) أقول أي العقد

وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم

استبداد الابناء على اذن غيره (قوله صح عن النبي صلى الله عليه وسلم الخ) أما وكاله حكيم فرواية أبي داود بسند فيه مجهول أنه صلى الله عليه وسلم دفع له دينار يشتري له أمه حبة فاشترى لها دينار وباعها بدينارين فرجع واشترى أمه بدينارين وجاه بدينارين وأضحية إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فتصدق النبي صلى الله عليه وسلم به ودعاه أن يبارك له في تجارتها ورواه الترمذي من حديث حبيب بن أبي ثابت عن حكيم وقال لا نعرفه الا من هذا الوجه وحبيب عندي أنه لم يسمع من حكيم إلا أن هذا داخل في الأرسال عندنا فيصدق قول المصنف صح إذا كان حبيب اماما ثقة وأخرج أبو داود عن شبيب بن غرقدة قال حدثني الحمي عن عروة البارقي قال أعطاه النبي صلى الله عليه وسلم دينار يشتري أمه حبة فاشترى شاتين فباع احدهما بدينارين وأتاه بشاة ودينار فدعاه بالبركة في بيعه فمكّن لو اشترى ثيابا يبيع فيه وأخرجه أيضا أبو داود والترمذي وابن ماجه وأحمد عن أبي ليلى واسمه مسارة بن زياد عن عروة فذكره والذي يتحقق من هذا أن هذه القضية وقعت له صلى الله عليه وسلم مع حكيم أو مع عروة أو مع كل منهما بناء على أنهم جاوا فعتان فتثبت شرعية الوكالة على كل حال وأما أنه وكل عمر بن أبي سلمة بالتزويج فأخرج النسائي عن ثابت أنه قال حدثني ابن عمر بن أبي سلمة عن أبيه عن أم سلمة أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث اليها بخطبها فأرسلت اليها في امرأة مصيبة وأنى غيري وأنه ليس أحد من أوليائي شاهد فقال النبي صلى الله عليه وسلم أما كونك غيري فسادعوا الله فتذهب غيرك وأما كونك مصيبة فإن الله سيبك فيك صبيانك وأما أن أحد من أوليائك ليس شاهدا فليس أحد من أوليائك لا شاهد ولا غائب الا سبضى بي فقالت أم سلمة قم يا عمر فزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم فزوجها ياهاور واه أحدوا بن واهوبه وأبو يعلى وابن حبان في صحيحه والحاكم وقال صحيح الاسناد وأما ابن عمر بن أبي سلمة سعيدة ما غير جاد بن سلمة وأظرفيه ابن الجوزي لعلة باطنة وهي أن عمر كان إذا كان يعنى حين تزوجها عليه السلام سنة ثلاث سنين فكيف يقال للمثله زوج واستبعده صاحب التتبع ابن بسيد الهادي قال وان كان الكلاباذي رغبه قاله فان عبد البر قال انه ولد في السنة الثانية من الهجرة الى الحبشة ويقوى هذا ما أخرجه مسلم عن عمر بن أبي سلمة أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم فقال صلى الله عليه وسلم سل هذه فاجبرته أمه أم سلمة أنه عليه السلام يصنع ذلك فقال عمر يا رسول الله قد غفر الله لك ما تقدم من ذنبك وما تأخر فقال صلى الله عليه وسلم أما والله انى لا تقا كتمته وأخشا كتمه وظاهر هذا أنه كان كبيرا ثم لا يخفى أن ظاهرا للفظ يقتضى أنه كان وكلا عن أمه لانها هي القائلة له قم يا عمر فزوج لادن رسول الله صلى الله عليه وسلم وإنما يفيد ذلك حديث أخرجه البيهقي من طريق الواقدي أنه صلى الله عليه وسلم خطب أم سلمة الى ابنها عمر بن أبي سلمة فزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يومئذ غلام صغير الا أنهم يضعفون الواقدي خلافا لنافيه دليل على وكاله الصبي العاقل خلافا لهم أن نظروا الى حديث الواقدي فظاهروا الى

وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم

تزوج امرأة بتكاح صحيح حل له وطهر الارذ عليه الحائضه والمهرمة لا نأقول هناك جاز أيضا لان المنع من الوطء جاء من قبل المرأة لمعنى عارض حتى اذا انعدم هذا المعنى طهر المهر الذي ثبت بالتكاح الصحيح فان قيل يشكل على هذا الاستقراض فانه لو استقرض بنفسه يجوز ولو وكل غيره بالاستقراض لا يجوز قلنا التوكيل تفويض التصرف وإنما يصح ذلك فيما ينفذ فيه تصرفه ويصح امره وتفويض الاستقراض يقع فيما لا يملكه فان البراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض والا ممر بالتصرف في ملك الغير باطل ولا نقول بان التوكيل بالشراء صحيح من حيث انه امر بملك المشتري لان المشتري ملك الغير وإنما يصح لانه امر بايجاب الثمن في ذمة الموكل وذمته ملكه وهذا المعنى لا يمكن تحقيقه في الاستقراض لان البذل في باب القرض إنما يجب ديناً في ذمة المستقرض بالقبض لا بعقد القرض فلا بد من صحح الامر أو لا بالقبض حتى يستقيم الامر بايجاب

وكل بشره الاضحية حكمه بن حزام بالتزويج عمر بن أم سلمة) تزويجها بابه السلام واعترض على الضابطه بانها غير معارضة ومنعكسة أما الاول فلان الانسان جازله أن يستقرض بنفسه والتوكيل به باطل والتوكيل بعقد بنفسه واذا وكل غيره ولم يؤذن له في ذلك لا يجوز والذي اذا وكل مسلماً في الخمر لم يجوز وأما الثاني فلان المسلم لا يجوز له عقد بيع الخمر وشراؤها بنفسه ولو وكل خميماً بذلك جاز عند أبي حنيفة والجواب عن الاول أن محل العقد من شروطه لكون المحال شروهاً كما عرف وليس بموجود في التوكيل بالاستقراض لان الدراهم التي يستقرضها التوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف في ملك الغير باطل ورد بأنه تقر بالانقضاء لا دافع وبأن التوكيل بالشراء جائز وما ذكرتم موجود فيه والجواب أنه من باب التخلف المانع وقيد عدم المانع في الاحكام السكينة غير لازم وان محل العقد الوكالة في الشراء هو الثمن وهو ملك الموكل وفي الاستقراض الدراهم المستقرضة وهي ليست ملكه لا يقال دلاً جعلتم المحل فيه بدلها وهو ملك الموكل لان ذلك محل التوكيل بإيفاء القرض لا بالاستقراض والمراد بقوله يعقده الانسان بنفسه هو أن يكون مستبداه والتوكيل ليس كذلك والذي جازله توكيل المسلم بالمتنع توكيل المسلم عنه وليس كلامنا في ذلك بل وازان يمنع مانع عن التوكيل وان صح التوكيل وقد وجد المانع وهو حرمة اقترابه منها وعن الثاني بان العكس غير لازم وليس بقصد واعترض على قوله لان الانسان قد يجوز به دليل أنه من المدلول وهو جواز الوكالة فانما جازة وان لم يكن ثمة عجز أصلاً وأوجب بان ذلك بيان (٥٥٦) حكمة الحكم وهي تراعى في الجنس لا في الافراد ويجوز أن يقال ذكر الخاص وأراد العام

وهو الحاجة لان الحاجة للحجز
حاجة خاصة وهو مجاز شائع
وحينئذ يكون المناط هو
الحاجة وقد توجد بلحجز

(قوله جازله أن يستقرض
الح) أقول والاستقراض
من العقود (قوله والتوكيل
به باطل) أقول كما سيصرح
به في الهداية قبيل باب
الوكالة في البيع والشراء
(قوله وليس بوجود) أقول
يعنى شرعاً (قوله لأن
الدراهم الى قوله في ملك
الغير باطل) أقول منقوض
بالتوكيل بالاستقراض
والاستدعاء وسيجي ما ذكره
الشارح في معرض الجواب
(قوله والجواب الح) أقول

وكل بالشراء حكمه بن حزام بالتزويج عمر بن أم سلمة رضي الله عنهما

الحديث الصحيح فلانه لم يزوجها بحكم الولاية على أمه لان الصبي لا ولاية له فيكون تزويجه بحكم الوكالة وقد قيل ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه هو الموقول له زوج والمزوج هو سلمة بن أبي سلمة ومما يدل على شرعية الوكالة ما أخرجه أبو داود عن ابن اسحق في كتاب الوصايا حديثي وهب بن كيسان عن جابر بن عبد الله أنه سمعه يقول أردت الخروج الى خيبر فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألت عليه وقلت اني أريد الخروج الى خيبر فقال اذا أتيت وكلي نخلة من خمسة عشر وسقافان ابتي منك آية فضع يدك على رقبة وامن اسحق عندنا من الثقات وأما على توكيل علي رضي الله تعالى عنه عقيداً فخرجه البيهقي عن عبد الله بن جعفر قال كان علي يكره الخصومة وكان اذا كنت له خصومة وكل فيها عقيل بن أبي طالب فلما كبر عقيل وكنتي وأخرج أيضاً عن علي ابن أبي طالب رضي الله عنه أنه وكل عبد الله بن جعفر بالخصومة وقول المفسر وجه الله ان الانسان قد يجوز المثل في ذمته والامر بالقبض لم يصح لانه ملك الغير ولهذا اخرج الكلام مخرج الرسالة بان قال ارسلني اليك فلان يستقرض منك كذا الخ حينئذ يشبث الملك للمرسل ولا يكون للتوكيل ان يمنع ذلك منه لان الرسالة موضوعة لنقل العبارة فان الرسول معسر والعبارة ملك المرسل فقد امره بالتصرف في ملكه باعتباره العبارة فيصح فيها هو ملكه وأما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل فان العبارة للتوكيل ولهذا كان حقوق العبد ترجع اليه فلا يمكننا تهيج هذا العقد باعتبار العبارة لان التوكيل غير ناقل للعبارة ولا من حيث الامر لانه في ملك غيره فلها لم يقع للموكل فيثبت بهذا ان قوله جاز ان توكيل به غيره اراد به فيما ملكه فلا بد عليه الاستقراض نقضاً (قوله وكل بالشراء حكمه بن حزام) أي بشره الاضحية (قوله وبالتزويج عمر بن أم سلمة

يعني عن الرد (قوله وان محل عقد الوكالة الح) أقول سيجي وتحقيقه من الشارح في الدرس الثاني من فصل البيع قال

(قوله وفي الاستقراض) أقول فيه نامل (قوله لا يقال الى قوله لان ذلك الح) أقول قوله لان ذلك جواب لقوله لا يقال الح والضمير في قوله فيه راجع الى الاستقراض والضمير في بدلها راجع الى الدراهم في قوله وفي الاستقراض للدراهم المستقرضة (قوله والذي جازله توكيل الح) أقول وهذا على تقدير محتمل يكون جوابا عن النقض بالاستقراض أي بالانه لما كان مخالفاً لما سيجي من المصنف من أن التوكيل بالاستقراض باطل لم يذكره الشارح في معرض الجواب ولم يجب بما أجاب به غيره من الشراح لذلك أيضاً والحق في الجواب أن يقال لم يقل جاز ان توكيل به كل أحد حتى برد النقض والذي يملك أن توكيل غيره وهو ذمي مثله فتأمل ثم أقول بقي فيه بحث آخر اذ التوكيل والتوكيل كالكسر والاكسار ثم ليت شعري ما معنى جوازه (قوله وأوجب بان ذلك بيان حكمه بالحكم الح) أقول في التنقيح الحكم المجرى لا نعتبر في كل فرد خلفاتها وعدم انضمامها بل في الجنس فيضاف الحكم الى وصف ظاهر منضبط بدو رمعها أو يغلب وجودها عنده كاسم مع المشقة انتمسي وأنت تسمي بان اضافة الحكم الى الوصف هنا غير واضح فتأمل (قوله ويجوز أن يقال ذكر الخاص الح) أقول ههنا كلام الأت يقال قد لا تتحقق كذا قيل وفيه بحث لان التعليل ليس بالنسبة الى أحوال التوكيل بل بالاضافة الى أحوال الانسان (قوله فلانه جاز أن يباشر بنفسه الح) أقول الاظهر أن يقال فلما حاجة أيضاً اذ هي المال كالايجني

قال (وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق الخ) الوكالة حادثة في جميع الحقوق بالخصومة وكذا بايقانها واستيفانها ما بالخصومة فلما قدمنا من تحقق الحاجة اذ ليس كل أحد يهتدي الى وجوه الخصومات وقد صرح ان عليا رضي الله عنه وكل عقيل في اخصومة تكونه ذكبا حاضرا الجواب وبعدم أسن عقيل وقهره فوكل عبد الله بن جعفر وأما بايقانها واستيفانها فلا نه (٥٥٧) جز أن يباشر بنفسه فجاز أن يوكل به الا في الحدود والعقاص فان الوكالة باستيفانها في غيبة الموكل عن المجلس لا يجوز لان الحدود وتندري بالشبهات بالاتفاق فلا تستوفي بمن يقوم مقام الغير لماني ذلك من ضرب شبهة كما في كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال وقوله (وشبهة العفو) دليل على العقاص لان الحدود لا يعنى عنها وتقرر به العقاص يندري بالشبهات وهي موجودة لان شبهة العفو ثابتة لغيره الموكل لجواز أن يكون الموكل قد عاين يشعربه الوكيل بل الظاهر هو العفو للندب الشرعي قال الله تعالى وأن تغفرا أقرب للتقوى وفيه خلاف الشافعي يقول هو خالص حق العبد يستوفي بالتوكيل كسائر حقوقه دفعا للضرر عن نفسه قلنا سائر حقوقه لا تندري بالشبهات بخلاف غيبة الشاهد يعني يستوفي الحدود والعقاص عند غيبته لان الشبهة في حقه الرجوع والظاهر في حقه عدم الرجوع اذا لاصل هو المصدق لاسماني كان الموكل حاضرا لم يخرج الى

قال (وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق) لما قدمنا من الحاجة اذ ليس كل أحد يهتدي الى وجوه الخصومات وقد صرح ان عليا رضي الله عنه وكل عقيل او بعد ما أسن وكل عبد الله بن جعفر رضي الله عنه (وكذا بايقانها واستيفانها الا في الحدود والعقاص فان الوكالة لا تصح باستيفانها مع غيبة الموكل عن المجلس) لانها تندري بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل بل هو الظاهر للندب الشرعي بخلاف غيبة الشاهد لان الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حالة الخصومة لا تنفاه هذه الشبهة وليس كل أحد يحسن الاستيفاء فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء أصلا

الى آخره بيان حكمته شرعية الوكالة (قوله وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق) لما قدمنا من الحاجة الى ذلك فانه ليس كل أحد يهتدي الى وجوه الخصومات التي ما يثبت حقه أو يدفع بها عنه ايدعيه الآخر وكذا يجوز التوكيل بايقانها واستيفانها الا في الحدود والعقاص في النفس وما دون النفس فان الوكالة لا تصح بايقانها ولا باستيفانها مع غيبة الموكل عن المجلس وهذا يتعلق بالاستيفاء فقط فالنفي مطلق اذا لا يفاء ليس الا بتسليم ظهر أو نفسه لا قامة الواجب وليس ذلك الامر الا من الجاني وليس هو الوكيل فذلك قيد في الاستيفاء وانما لا يجوز الاستيفاء حال غيبة الموكل لانها أي الحدود والعقاص تندري بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر للندب الشرعي قال تعالى وأن تغفوا أقرب للتقوى بخلاف غيبة الشاهد بالحد والعقاص فانه يستوفي ذلك مع غيبته لان الشبهة فيه ليس الا الرجوع وليس قري يافي الظاهر ولا ظاهر الامن جهة الاصل ولا الغالب لان الاصل الصدق خصوصاً مع العدالة والرجوع ليس غابا بل من نحو ثمانمائة عام لا يعرف الا ما وقع عنده على رضى الله تعالى عنه والله سبحانه أعلم هل ندر عند غيره أم لا وهو بمنزلة ما لا وجود له فلا يصير شبهة يدار باعتباره احكام (بخلاف) الاستيفاء (حال حضرة الموكل) فان الوكالة به تجوز فان المستحق قد لا يحسن الاستيفاء فلو امتنع التوكيل به بطل هذا الحق وهذا في العقاص وأما

وكل تزويج أمه أم سلمة من النبي عليه السلام (قوله وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق) أي في جميعها وفي الصحاح وسائر الناس جميعهم وقد صرح ان عليا رضي الله عنه وكل عقيل وانما كان يختار عقيلاً لانه كان ذكبا حاضرا الجواب فلما كبر عقيل واسن وكل عبد الله بن جعفر الطيار اما لانه وقهره لكبر سنه أو لانه ائتمن ذهنه فوكل عبد الله بن جعفر الطيار وكان شابا ذكبا وكذا بايقانها أي باذانها واستيفانها أي قبضها الا في الحدود كذا القذف والسرقه والعقاص فان الوكالة لا تصح باستيفانها مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تندري بالشبهات فلا يستوفي بما يقوم مقام الغير لان فيه نوع شبهة ولو لم يندري بكتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجل وقال الشافعي رحمه الله يستوفي العقاص حال غيبة الموكل لانه حق العبد ولنا انه عقوبة والعقوبة تسقط بالشبهة وشبهة العفو ثابتة في حال غيبة الموكل لجواز أن يكون الموكل قد عاين بنفسه والوكيل لا يشعربه بل هو الظاهر لان العفو مندوب اليه قال الله تعالى في تصديق به فهو كفارة له (قوله بخلاف غيبة الشاهد) أي يستوفي الحدود والعقاص عند غيبة الشاهد لان الشبهة في حقه الرجوع والظاهر في حق الشاهد عدم الرجوع اذ الصدق هو الاصل خصوصاً في حق العدول بخلاف حال حضرة الموكل أي يجوز لا وكيلا ان يستوفي العقاص حال حضرة الموكل لا تنفاه هذه الشبهة وهي شبهة العفو (قوله وليس كل أحد يحسن الاستيفاء) هذا جواب لان يقال لما حضر

العدول وبخلاف ما اذا حضر الموكل لا تنفاه هذه الشبهة أي شبهة العفو فانه في حضوره مما لا يخفى فان قيل اذا

(قوله لان الحدود تندري بالشبهات) أقول وكذا العقاص كما مر ويصرح به الآن فلا وجه لتخصيص الدليل الاول بالحدود (قوله لان الحدود لا يعنى عنها) أقول غير منقوض بخلاف القذف وحد السرقة لان الحق صار الله سبحانه وتعالى وحده حتى لو عفا المسروق منه لا يلتفت اليه يقطع (قال المصنف ينسد باب الاستيفاء أصلا) أقول فيه شيء لكن المراد الا تسد باب النسيان الذي لا يحسن كما مر جوابه

التوكيل بالاستيفاء اذ هو يستوفيه بنفسه أجاب بقوله وليس كل أحد يحسن الاستيفاء يعني لعله هدايته أولان قلبه لا يحتمل ذلك فيجوز التوكيل بالاستيفاء عند حضوره استخسا بالنسبة اليه بالسكية (قوله وهذا الذي ذكرناه) يعني جواز التوكيل باثبات الحدود والقصاص فانه لما قال ويجوز الوكالة بالخصومة في جميع الحقوق وايفاء واستيفاء واستثنى ايفاء الحدود والقصاص واستيفاءهما فبقى اثبات الحدود والقصاص داخل في قوله بالخصومة (٥٥٨) في سائر الحقوق فقال (هذا الذي ذكرناه قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف رحمه الله

وهذا الذي ذكرناه قول أبي حنيفة رحمه الله (وقال أبو يوسف رحمه الله لا تجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود أيضا) ومحمد مع أبي حنيفة وقبل مع أبي يوسف رحمه الله وقبل هذا الاختلاف في غيبته دون حضرته لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره فصا كانه متكلم بنفسه له أن التوكيل ازالة وشبهة النيابة يغير زعمنا في هذا الباب (كفى الشهادة على الشهادة وكفى الاستيفاء) ولا ي حنيفة رحمه الله أن الخصومة شرط محض لان الوجو بضاف الى الجنائية والظهور الى الشهادة فيجوز فيه التوكيل كما في سائر الحقوق وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحدود والقصاص

لا تجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود وقول محمد رحمه الله مضطرب وقبل هذا الاختلاف اذا كان الموكل غائبا أما اذا حضر فلا اختلاف لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره لا ي يوسف أن التوكيل ازالة والاثابة فيها شبهة لاصح وهذا الباب مما يحترز فيه عن الشبهات كفى الشهادة على الشهادة وكفى الاستيفاء (ولا ي حنيفة رحمه الله أن الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجنائية والظهور الى الشهادة) والشرط المحض حق من الحقوق يجوز للموكل مباشرته فيجوز التوكيل به كسائر الحقوق لقيام مقتضى وانتفاء المانع لا يقال المانع وهو الشبهة بوجود كفى الاستيفاء والشهادة على الشهادة لانها في الشرط لا يصلح مانعا لعدم تعلقه بالوجوب والظهور والوجود بخلاف الاستيفاء فانه

الحدود فان الذي يلى استيفاءها الامام وقد لا يحسن لجاز توكيل الجلاد والامتنع ثم لا يخفى أن تعليل المصنف اننى حالة الغيبة بثبوت شبهة العفو انما يستقيم في القصاص دون الحدود لان العفو فيها لا يتحقق أصلا كما أسلفناه في الحدود ودلو كان حد قذف وسرقة لان الحق صار لله سبحانه وحده حتى لو عفا المبروق منه لا يلتفت اليه ويقطعه فالوجه أن يضم ما يجري فيه من امكان ظهور شبهة أو غلط فبعد الاستيفاء لا يمكن تداركه فيؤخر الى أن يحضر نفس المستحق احتياطا للدور (قوله وهذا الذي ذكرناه) أي من جواز التوكيل باثبات الحدود أي من جهة الموقوف والمسروق منه باقامة البينة على السبب (قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف لا تجوز الوكالة باثباتها) وقول محمد مضطرب نارة يضم الى أبي يوسف ونارة الى أبي حنيفة وظاهر كلام المصنف ترجمه وكذا فعل في الميسر (وقيل هذا الخلاف) بين أبي حنيفة وأبي يوسف (عند غيبة الموكل) فلو وكل باثباتها وهو حاضر جاز اتفاقا (لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره لا ي يوسف أن التوكيل ازالة وشبهة النيابة يحترز عنها في هذا الباب) أي باب الحدود والقصاص حتى لا تثبت بالشهادة على الشهادة ولا بكتاب القاضي الى القاضي ولا بشهادة النساء مع الرجال فصار كالتوكيل بالاستيفاء حال الغيبة (ولا ي حنيفة رحمه الله أن الخصومة شرط محض) لثبوت الحد (لان وجوبه) انما (يضاف الى) نفس (الجنائية) لا الى الخصومة (والظهور) أي ظهور الجنائية انما يضاف (الى) نفس (الشهادة) لا الى السعي في اثباتها فكان السعي في ذلك حقا (كسائر الحقوق) فيجوز لقيام المقتضى وانتفاء المانع وقوله سائر الحقوق أي باقيام أي فجوز الوكالة به هذا الحق كفى سائر الحقوق ولا حاجة الى تفسيره بجميع الحقوق معولا على ما في صحاح الجوهري ثم تحطنته بانه انما هو بمعنى الباقي لا الجميع هذا وقد يمنع انتفاء المانع فان هذه الخصومة ليس الا السعي في اثبات سبب الحد والاحتياط فيه ووضع الشرع الاحتياط لاسقاطه فان قبل وضع هذا لم يجز اثباتها من الموكل نفسه على ما ذكرته لانه ساع الى آخره وذلك يخل بالاجماع قلنا الفرق أن الوكالة فيها زيادة تحميل وزيادة تكلف لاثباته اذ الظاهر أنه يوكل للاستعانة عليه لضيقه عن الاثبات والشرع أطلق في اثباته لا بذلك التكلف الزائد والتمالك فيه بل اذا عجز ترك لانه علة الضرر لانه صلى الله عليه وسلم قال للذين اتبعوا ما عزا حدين هرب لما أذلقتهم الحجارة هلا تركتموه أو نحو ذلك (قوله وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحدود والقصاص) أجازة أبو حنيفة ومنعه أبو يوسف الموكل لم يخف الى التوكيل فيستوفيه بنفسه لما ان في التوكيل شبهة البدلية واستيفاء القصاص مما

(قوله عند حضوره استخسا)

أقول والقياس أن لا يجوز البدلية (قوله وهذا الذي ذكرناه يعني جواز التوكيل) أقول لا يخفى عليك أن المشار اليه كلام هو جواز التوكيل في الحقوق كلها لانه هو المذكور صريحاً وهو اللائق لان فعل كذلك بمنزلة المحسوس المشاهد مع أن ذلك هو مذهب أبي حنيفة وأما عند أبي يوسف لا يجوز التوكيل في بعض الحقوق وهو ما ذكره المصنف وما في الشرح تبعا للافتقار تكلف ظاهر لم يتأمل (قوله واستثنى ايفاء الحدود والقصاص) أقول الظاهر من سياق كلام المصنف أن المستثنى هو استيفاءهما ولا يتوهم جواز التوكيل بايفاء ما حثي يحتاج الى الاستثناء (قوله بقى الحدود والقصاص الخ) أقول الاظهر أن يقال بقى الخصومة في الحدود والقصاص

يتعلق به الوحدو بخلاف الشهادة على الشهادة فإنه يتعلق به الظهور وعلى هذا الخلاف إذا وكل المطلوب بالقصاص وكذا الجواب بدفع ما عليه وكلام أبي حنيفة فيه أظهر لأن الشبهة المذكورة على تقدير كونها معتبرة (٥٥٩) لاتنفع الدفع ألا ترى أن الشهادة على

الشهادة وشهادة النساء

مع الرجال في العفو صحيحة

لكن هذا الوكيل لو أقر

في مجلس القضاء بوجوب

القصاص على موكله لم

يصح استحصانا والقياس

صحته لقيامه بمقام الموكل

بعد صحة التوكيل كافي

الاقرار بسائر الحقوق ووجه

الاستحصان ما قاله من شبهة

عدم الأمر به قال (وقال أبو

حنيفة لا يجوز التوكيل

بالخصومة إلا برضا الخصم)

اختلف الفقهاء في جواز

التوكيل بالخصومة بدون

رضا الخصم قال أبو حنيفة

رحمته الله لا يجوز التوكيل بها

الإرضاء سواء كان الموكل

هو المدعى أو المدعى عليه

ألا بالمرض أو السفر

(وقال يجوز التوكيل بها

من غير رضا الخصم وهو

قول الشافعي رحمه الله)

قال المصنف (ولاحلاف

في الجواز إنما الخلاف في

اللزوم ومعناه أنه إذا وكل

من غير رضاه وهل يرد برده

أو لا عنده يرد خلافا لهم

فعلى هذا يكون قوله

لا يجوز التوكيل

بالخصومة إلا برضا الخصم

مجازا لقوله ولا يلزم ذكر

الجواز وأراد اللزوم فإن

الجواز لازم للزوم فيكون

ذكر اللزوم وأراد

اللزوم وفيه نظر لا نالنا

نفسه في أصول الفقه سلناه

وكلام أبي حنيفة رحمه الله فيه أظهر لأن الشبهة لاتنفع الدفع غير أن اقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الأمر به وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يجوز التوكيل بالخصومة إلا برضا الخصم الآن يكون الموكل مريضا أو غائبا مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا فلا يجوز التوكيل بغير رضا الخصم (وهو قول الشافعي رحمه الله ولا خلاف في الجواز إنما الخلاف في اللزوم

(و) لاشك أن (كلام أبي حنيفة فيه أظهر) منه بالوكالة ثابتا بما (لأن الشبهة) التي بها منع أبو يوسف هناك (لاتنفع الدفع) بل تقتضي أن يقول بجواز الوكيل بدفعه ثم لا يجوز للوكيل الاقرار على موكله كما هو قول أبي حنيفة بخلافه هنا عجب والله تعالى أعلم ثم وجه عدم صحة اقرار الوكيل من جهة المطلوب هنا وجواز في غيره أن الوكيل بالخصومة انصرف إلى الجواب مطلقا نوعا من المجاز فتعتبر عمومها فيما لا يندرج بالشبهات ونخص منه الاعتراف فيما يندرج بها بالشرع العام في الدرر بالشبهات وفي اعترافه شبهة عدم الأمر به (قوله) وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يجوز التوكيل بالخصومة (من قبل المدعى والمدعى عليه) (الإرضاء بالخصم) الآن يكون الموكل مريضا أو غائبا مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا (ولا يجوز) ذلك (بغير رضا الخصم) وهو قول الشافعي رحمه الله قال المصنف رحمه الله (ولاحلاف في الجواز إنما الخلاف في اللزوم) قالوا فعلى هذا معنى قولنا لا يجوز التوكيل إلخ لا يلزم الإرضاء لأنهم أنكر بعض الشارحين ما اتفق عليه غيره من التفجير المذكور بسبب أن المفهوم من عبارة محمد والحسن والطحاوي وكثير خلاف ذلك وساق عباراتهم فلم ترد على ما جلوه من نحو قول القدوري المسطور هنا وهو لا يجوز التوكيل إلا برضا الخصم وهم قد علموا ذلك ولم يشكروا فيه وإنما فسر وهذا وسبق المصنف شمس الأئمة إلى ذلك فقال التوكيل بالخصومة عنده بغير رضا الخصم صحيح لكن للخصم أن يطالب الخصم أن يحضر بنفسه ويحجب ونحو هذا كلام كثير مما يفيد أنه المراد مما ذكره وسبب ذلك أنه لم يعرف لاحد القول بأنه إذا وكل فعلم خصمه فرضه لا يكون رضاه كافيا في توجه خصومة الوكيل ولا تسمع حتى يحدد له وكالة أخرى على ما هو مقتضى الظواهر التي ساقها علموا أن المراد بلا تجوز إلا

لا يجوز في الإبداء فاجاب بقوله وليس كل أحد يحسن الاستيفاء فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء أصلا (قوله) وهذا الذي ذكرنا قول أبي حنيفة رحمه الله أشاره إلى قوله ويجوز التوكيل بالخصومة في سائر الحقوق أي في جميعها وقد دخل فيه التوكيل بالخصومة في حد القذف والسرقة والقصاص ثم قال لا في الحدود والقصاص فإن الوكيل لا يصح باستيفاء ما غيبه الموكل عن المجلس بقي التوكيل بالخصومة داخل في صدر الكلام وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله لا يجوز الوكيل بالخصومة إلا برضا الخصم وأما الشبهة أيضا وقول محمد رحمه الله مع أبي حنيفة رحمه الله وهو أظهر وقيل مع أبي يوسف رحمه الله وقيل هذا الاختلاف في غيبته دون حضرته لأن كلام الوكيل ينتقل إلى الموكل عند حضوره (قوله لأن الشبهة لاتنفع الدفع) لأن دفع الحدود والقصاص ثبت مع الشبهات حتى يثبت العفو عن القصاص بالشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال ولكن هذا الوكيل إذا أقر في مجلس القضاء بما يوجب القصاص على موكله لم يصح اقراره استحصانا وفي القياس يصح لانه قام مقام الموكل بعد صحة التوكيل ألا ترى أن في سائر الحقوق جعل اقراره كقرار الموكل فكذلك في القصاص وفي الاستحصان نقول اقرار الوكيل قائم مقام اقرار الموكل والقصاص لا يستوفي بحجة قائم مقام غيره فأنصحنا التوكيل على الجواب لأن جواب الخصم من الخصومة ولكن هذا نوع من المجاز فأما في الحقيقة فلا قرار ضد الخصومة والمجاز وان اعتبر بقيام الدليل بالحقيقة تبقى شبهة فتعتبر فيما يندرج بالشبهات دون ما ثبت مع الشبهات (قوله مريضا) المراد نفس المرض وقيل إن تكلف الحضور بالركوب على الدابة وغيره أتراد مرضه (قوله لا خلاف في الجواز إنما الخلاف في اللزوم) هل ترد

اللزوم وفيه نظر لا نالنا نسلم أن الجواز لازم للزوم عرف ذلك في أصول الفقه سلناه (قوله وفيه نظر لا نالنا نسلم أن الجواز إلخ) أقول الظاهر أنه جل الجواز على الامكان العام المقيد بجانب العدم ولزومه اللزوم مما لا يقبل المنع

لكن ذلك ليس بمجاز والحق أن قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة إلا برضا الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم بل إن رضى به الخصم مع الإذلة حاجته إلى قوله ولا خلاف في الجواز وإلى التوجيه بجعله مجازاً (لهما أن التوكيل تصرف في خالص حقه) لأنه وكله بالجواب والخصومة لدفع الخصم عن نفسه وذلك حقه لا بحالة والتصرف في خالص حقه لا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بالتقاضى أى بقبض الديون وإتمامها ولا يحد حقه رحمه الله إلا أن لا يسلّم أنه قصر في خالص حقه فان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضر في مجلس القاضى والمستحق للغير لا يكون خالصه سلماً داخله (٥٦٠) له لكن تصرف الإنسان في خالص حقه انما يصح اذا لم يتضرر به غيره وههنا ليس كذلك

لهما أن التوكيل تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بتقاضى الديون وله أن الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره والناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضا كالعبد المشترك اذا كاتبه أحدهما يتخير الآخر بخلاف المريض والمسافر لان الجواب غير مستحق

برضاه أنها لا تضى على الآخر وتلزم عليه الآن برضى ومعنى هذا ليس إلا أن لازم عليه موقوف على رضا وهو معنى التأويل المذكور ومن العبارات التي نقلها ما من أى حنفية لا قبل وكاله من حاضر صحيح الآن رضى خصمه موهى قريته من التفسير المذكور والحاصل أنه يجب التعويل على ما ذكره القوم حتى انه اذا وكل فرضى الآخر لا يحتاج في سماع خصومة الوكيل الى تحديد وكاله كما هو لازم باعتبار من ظاهر العبارة (لهما أن التوكيل) بالخصومة (تصرف في خالص حقه) لان الخصومة حقه الذى لا يصد عنه فاستنبأ به فيه تصرف في خالص حقه (فلا يتوقف على رضا غيره) وصار (كالتوكيل) بغير ذلك بتقاضى الديون وله أن جواب الخصم مستحق على خصمه ولا يستحقه عليه يستحضره الحاكم قبل أن يثبت له عليه شئ ليحجبه عما يدعيه عليه وغاية ما ذكرتم انه تصرف في خالص حقه لكن تصرف الإنسان في خالص حقه انما ينفذ اذا لم يتعد الى الاضرار بغيره (و) (لا شك أن) (الناس يتفاوتون في الخصومة) كما صرح قوله عليه الصلاة والسلام انكم تختصمون الى ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من الآخر فاقض له من حقه خيبره فانما هي قطعة من نار ومعلوم أن الوكيل انما يقصد عادة لاستخراج الحبل والدعوى الباطلة ليغلب وان لم يكن الحق معه كما أفاده الحديث المذكور وفي هذا ضرر بالآخر فلا يلزم الا بالترامه وصار (كالعبد المشترك اذا كاتبه أحد الشرىكين) فانه تصرف في خالص حقه ومع هذا لما كان متضمناً الاضرار بالآخر كان له فسخها وكن استاجرة ليركها اجارته اياها تصرف في حقه ومملوكه ومع ذلك لا يجوز لما فيه من الاضرار بالمؤجر اذا كان الناس يختلفون في الركوب بخلاف ما فاس عليه من التوكيل بتقاضى الدين فانه بحق ثابت معلوم بقبضه من غير ضرر على الآخر فيه فان القبض معلوم بحس حقه وعلى الطالب أن يقضى ما عليه وللتقاضى حده معلوم اذا جازوه منع منه بخلاف الخصومة فان ضررها أشد من شدة التقاضى وعدم المساهلة في القبض لتضمنها التعجيل على اثبات ما ليس بثابت أو دفع ما هو ثابت فلا يقبل بغير رضاه اذا كان معذوراً وذلك بسفره فانه يجوز عن الجواب بنفسه مع غيبته أو مرضه وتوكيل على رضى الله عنه وغيره بالخصومة ان لم ينقل فيه استرضاء الخصم لم ينقل عدمه فهو جائز الوقوع فلا يدل لاحد قال شمس الأئمة والذي نختاره أن القاضى اذا علم من المدعى التعنت في

لان الناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه لتضرر به فيتوقف على رضا كالعبد المشترك اذا كاتبه أحد الشرىكين فانما يتوقف على رضا الآخر وان كان تصرفاً في خالص حقه لمكان ضرر شرىكه في تخيير بين الامضاء والفسخ (قوله بخلاف المريض) بيان وجه مخالفة المستثنى للمستثنى منه وذلك أن الجواب غير مستحق عليهما فكان خالص حقه ويزاد جوابا عن التزل بان توقع الضرر اللازم بالمرض والسفر من آفات التأخير والموت أشد من اللازم بتفاوت الجواب فيحصل الاسهل والمرض المانع عن الحضور هو الذى يمنع عنه

(قوله ليس بمجاز) أقول بل كتابة كما صرح به في المفتاح وفيه بحث فانهم صرحوا بان العمدة في الفرق بين المجاز والكناية هو جواز ارادة المعنى الموضوع له وعدم جوازه ولا تعويل على ما ذكره السكاكى كيف وقد اعترف هو أيضاً

بان ما ذكره تكلف ارتكبه لضبط فراجع (قوله في قوة قولنا التوكيل الخ) أقول فيه نظر فاننا لا نسلم أنه في قوة ما ذكره فان مدلوله اشتراط صحة التوكيل برضا الخصم لا اشتراط لزومه به والحاصل أن في الجواز أخص بناء على أن نقيض العام أخص من نقيض الاخص من نفي اللزوم والمقصود بالافادة هنا هو الثاني لا الاول اذ لا خلاف فيه (قوله والا فلا) أقول هذا مناف لغرضه (قوله لانه وكاله الخ) أقول أنت نجيب بقصود الدليل عن افادة المدعى فانه كان عام التوكيل المدعى أيضاً قوله والمستحق للغير) أقول يعنى المستحق للمدعى (قوله فكان خالص حقه) أقول الظاهر أن يقال حقه ما لا أنه راعى عبارة الدليل فافهم والضمير في قوله حقه راجع الى الموكل

عليهما

علمها هذا ثم كمال يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم اذا اراد السفر لتحقيق الضرر ولو كانت المرأة مخدرة لم تجبر عاذا بالبر وزوج حضور مجلس الحكم قال الرازي رحمه الله يلزم التوكيل لانها لو حضرت لا يمكنها أن تنطق بحقة حياتها فيلزم توكلها قال

اباؤه التوكيل بقبوله من غير رضاه واذا علم من الموكل القصد الى الاضرار بالتوكيل لا يقبله الا مرضا الاخر فيضاهل وقع الضرر ومن الجانبين ثم ذكر في حد المرض ان لم يستطع المشي ويقدر على الركوب ولو على انسان لكن زداد مرضه صح التوكيل وان لم يزد واختلغوا فيه والصحيح ان له أن يوكل لان نفس الحصومة مغلظة زيادة سواء المزاج فلا يلزم به (وكما يلزم التوكيل من المسافر يلزم) من الحاضر (عند ارادة السفر) غير أن القاضي لا يصدق في دعواه ارادته فينظر الى زيه وعدة سفره ويساله مع من يريد أن يخرج فيسأل رفقاءه عن ذلك كما اذا اراد فسخ الاجارة بعذر السفر فانه لا يصدق اذ لم يصدق الاخر فيسأل كما ذكرنا فان قالوا نعم تحقق العذر في فسخها (قوله ولو كانت المرأة مخدرة قال الرازي) وهو الامام الكبير أبو بكر الجصاص أحد بن علي الرازي (يلزم التوكيل) منها (لانها لو حضرت لم تستطع أن تنطق بحقة حياتها فيلزم توكلها) أو يصح حقةها قال المصنف رحمه الله (وهذا شيء استحسنه المتأخرون) يعني اما على ظاهر اطلاق الاصل وغيره عن أبي حنيفة لا فرق بين البكر واليتيم المخدرة والبرزة والفتوى على ما اختار ومن ذلك وحيث شد فتخصيص الرازي ثم تعميم المتأخرين ليس الا لغائده انه المبسدى بتقريره ذلك واتبعوه ثم ذكر في النهاية في تفسير المخدرة عن البرزوي أنها التي لا يراها غير المحارم من الرجال أما التي جلبت على المنصة فراها الرجال لا تكون مخدرة وليس هذا بحق بل ما ذكره المصنف من قوله وهي التي لم تجر عاذا بالبر وزوجا ما حديث المنصة فقد يكون عادة لعوام تغلب بها والدنيا ثم لم يعد لها بر وزوجا طاعة في قضاء حاجاتها بل بفعله غير هالها (يلزم توكلها) لان في الزامها بالجواب تضييع حقةها وهذا شيء استحسنه المتأخرون وعليه الفتوى ثم اذا وكلت فلزمها بين بعث الحاكم اليها ثلاثة من العدول يستخلفها أحدهم ويشهد الآخران على عينها أو نسكولها وفي أدب القاضي للصدر الشهيد اذا كان المدعى عليه مريضا أو مخدرة وهي التي لم يعهد لها خروج الا لضرورة فان كان القاضي ماذونا بالاختلاف بعث نائباً يفصل الحصومة هناك وان لم يكن بعث أميناً وشاهدين يعرفان المرأة والمرضى فان بعثهما يشهدان على اقرار كل منهما أو انكاره مع البين لينة قلاه الى القاضي ولا بد للشهادة من المعرفة فاذا شهدا عليه بما قال الامين وكل من يحضر مع خصمك مجلس الحكم فيحضر وكياله ويشهدان عند القاضي باقراره أو نسكوله لتقام البينة على ذلك الوكيل ولو توجه عين على أحدهما عرضه الامين عليه فان أبي الحلف عرضه ثلاثا فاذا نكل أمره أن يوكل من يحضر المجلس يشهدا على نسكوله بحضرته فاذا شهدا بنسكوله حكم القاضي عليه بالدعوى بنسكوله قال السرخسي هذا اختيار صاحب الكتاب فانه لا يشترط للقضاء بالنسكول أن يكون على أمر النسكول فاما غيره من المشايخ فشرطوه فلا يمكن القضاء بذلك النسكول فقال بعضهم الامين يحكم عليهما بالنسكول ثم يئنه له الشاهدان الى القاضي مع وكليهما فيضيه القاضي وقال بعضهم يقول القاضي للمدعى أتريد حكما يحكم بينكما بذلك فاذ رضيت بعث أميناً بالتحكيم الى الخصم يخبره بذلك فاذا رضيت بحكمه وحكم فان كان مما لا اختلاف فيه نفذ وان كان مما فيه خلاف توقف على امضاء القاضي والقضاء بالنسكول مختلف فيه فاذا أمضاء نفذ على الكل وفي الذخيرة من الاعداو التي توجب لزوم التوكيل بغير رضا الخصم عند أبي حنيفة رحمه الله حيض المرأة اذا كان القاضي يقضى في المسجد وهذه على وجهين ان كانت طالبة قبل منها التوكيل بغير رضاه أو مطلوبة ان أخرها الطالب الى أن يخرج القاضي من المسجد لا يقبل توكلها بغير رضا الطالب ولو كان الموكل محبوبا فعلى وجهين ان كان في حديد هذا القاضي لا يقبل التوكيل بالرضاه لان القاضي يخبره من السجين ليخاصم ثم يعيده وان كان في حبس رضا الخصم كالتوكيل بالقبض والايفاء والتقاضى (قوله ولو كانت المرأة مخدرة) وهي التي لم تتحلى

مطالقا أو ما المستطاع بظهر الدابة أو الجبال فاذا ازداد مرضه صح التوكيل وان لم يزد قال بعضهم هو على الخلاف وقال بعضهم له أن يوكل وهو الصحيح واردة السفر كالسفر في حقة التوكيل لتحقيق الضرورة لكن لا يصدق منه دعوى ذلك الا بالنظر الى زيه وعدة سفره أو بالسؤال عن رفقاءه كما في فسخ الاجارة ولو كان الخصم امرأه مخدرة وهي من لم تجبر عاذا بالبر وزوج حضور مجلس الحكم قال أبو بكر الرازي يلزم التوكيل لانها لو حضرت لم يمكنها أن تنطق بحقة حياتها فيلزم توكلها قال المصنف وهذا شيء استحسنه المتأخرون وأما في الاصل فانه لا فرق عند أبي حنيفة بين الرجل والمرأة المخدرة وغيرهما البكر واليتيم في عدم جواز الوكالة الا بالعذر بن المذكورين وعندهما كذلك في جوازها

وقال ابن أبي ليلى تقبل من البكر دون الثيب والرجل قال (ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الأحكام قال صاحب النهاية أن هذا التبدد وقع على قول أبي يوسف ومحمد وأما على قول أبي حنيفة فمن شرطها أن يكون الوكيل ممن يملك التصرف لان المسلم لا يملك التصرف في الخمر ولو وكل به جازعنده ومنشأ هذا التوهم أن جعل اللام في قوله يملك التصرف للعهد أي يملك التصرف الذي وكل به وأما إذا جعلت الجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازاً عن الصبي والمجنون فيكون على مذهب السكلي وهو المراد بدليل قوله ممن يملك التصرف حيث لم يقل أن يكون الموكل يملك التصرف فإن الأنسب بكلمة ممن جنس التصرف (قوله وتلزمه الأحكام) يحتمل أحكام ذلك التصرف وجنس الأحكام فالأول احتراز عن الوكيل إذا وكل فإنه يملك ذلك التصرف دون التوكيل لانه لم تلزمه الأحكام وعلى هذا يكون في الكلام شرطان والثاني احتراز عن الصبي والمجنون ويكون ماله التصرف ولزم الأحكام شرطاً واحداً وهذا أصح لان الوكيل إذا أذن له بالتوكيل صحح الأحكام لتلزمه فان قلت إذا جعلته شرطاً واحداً الزم الوكيل فإنه ممن يملك جنس التصرف ويلزمه جنس الأحكام ولا يجوز توكيله قلت

(قوله قال صاحب النهاية أن هذا (٥٦٢) القيد الخ) أقول في الكافي أعلم أن من شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف

وهذا شيء استحسنه المتأخرون قال (ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الأحكام) والى ولا يمكنه الوالى من الخرج المخصوصة يقبل منه التوكيل (قوله ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل يملك التصرف وتلزمه الأحكام) فهذا شرطان للوكالة في الموكل قبل أن يستقيم الأول على قوله ما أعلى قوله فلانه يجيز توكيل المسلم الذي يبيع خرو وشراهم او المسلم لا يملكه بل الشرط عنده كون الوكيل مالكا لذلك التصرف الذي وكل به وأجاب بعضهم بأن المراد بملكه للتصرف أن تكون له ولاية شرعية في جنس التصرف باهلية نفسه بان يكون بالغاً عاقلاً وهذا حاصل في توكيل المسلم الذي يبيع خرو وشراهم اثم حمد الله تعالى على ما هداه لذلك وهو خطأ اذ يقتضى أن لا يصح توكيل الصبي المأذون لعدم البلوغ وليس يصح بل إذا وكل الصبي المأذون يصح بعد أن يعقل معنى البيع وأورد عليه ما إذا قال بيع عبدى هذا بعد أن اشتريته به عبداً صح التوكيل مع أنه لا يصح مباشرة الموكل لمثل هذا كقولك لغيره بعثك عبدى هذا بعد أن اشتريته هذا منك بعبد لا يجوز أوجب بالفرق بين التوكيل والمباشرة في الجهالة فانها انما تمنع في المباشرة لا التوكيل وذلك لانها انما تمنع لأفضاء الى المنازعة لالذات والذات تمنع في بعض البيوع كبيع قفيز من صبرة طعام حاضر أو شرائه وجهالة الوصف لا تقضى البهائي التوكيل لانه ليس بامر لازم بخلاف المباشرة لازمة ومهما اثم إذا صح التوكيل بذلك فان كان بالشراء فاشترى عبداً بغيره عنه لا يجوز كالأشترى الموكل بنفسه أو بعينه ان كانت قيمته مثل قيمة العبد الثمن أو أقل مما لا يغابن فيه لا يجوز وكذا في الوكالة بالبيع ذكره في الذخيرة ولا يخفى أن قوله فان كان بالشراء فاشترى عبداً بغيره عنه لا يجوز كالأشترى الرجل بكراً كانت أو نيباً قال الرازي رحمه الله يلزم التوكيل وفي فتاوى قاضية وعامة المشايخ أخذوا بما ذكر أبو بكر الرازي وعليه الفتوى (قوله ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف) لان الوكيل يستفيد ولاية التصرف من ذم يقدّر عليه من قبله ومن لا يقدّر على شيء كيف يقدّر عليه غيره وقيل هذا قول أبي يوسف ومحمد رحمه الله وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله فالشرط أن يكون التوكيل حاصلًا بما يملكه الوكيل فاما كون الموكل مالكا للتصرف فليس بشرط حتى يجوز توكيل المسلم الذي يشترى الخمر والخنزير وتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد وقيل المراد به أن يكون مالكا للتصرف نظرا الى أصل التصرف وان امتنع لعارض وبيع الخمر لا يجوز للمسلم في الأصل وان امتنع لعارض انتهى انتهى فعلى هذا الوجه

اللام لله يستقيم الكلام على مذهب أبي حنيفة أيضاً فليتأمل (قوله ومنشأ هذا التوهم) أقول سبقه الى هذا الكلام لان الاتقاني (قوله حتى يكون معناه يملك جنس التصرف الخ) أقول ينبغي أن يراد بجنس التصرف الذي يتعلق بعمل التوكيل لظهور أن الموكل لا يملكه غيره (قوله احتراز عن الصبي) أقول بمعنى المحجور (قوله فان الأنسب بكلمة ممن جنس التصرف الخ) أقول لا يخفى عليك أن مدخول كلمة ممن هو قوله من يملك دون التصرف والجواب أن مراده أن المالك لا تصرف المخصوص لا يتعد حتى يستقيم ادخاله من في ممن يملك لكن ظاهر أن المراد أيضاً بجنس التصرف المخصوص فلذلك قال فان الأنسب الخ ثم ان الانسية قد فاتت في قوله ويقصده كالاخفى (قوله يحتمل أحكام ذلك التصرف) أقول أي التصرف الموكل به (قوله وجنس الأحكام) أقول أي جنس احكام جنس التصرف (قوله فالأول) أقول يعني قوله يحتمل أحكام ذلك التصرف (قوله لانه لم يلزمه الأحكام) أقول حتى لا يملك الوكيل بالشراء المبيع ولا الوكيل بالبيع الثمن (قوله والثاني) أقول يعني قوله وجنس الأحكام (قوله احتراز عن الصبي الخ) أقول يعني الصبي المحجور ولعل مراده ان يكون للاحتراز عنهما لا يقال اصبي قد يلزمه الأحكام كما إذا باع واشترى أو بعهده لان المراد بجنس الأحكام التصرف الذي يباشره بنفسه (قوله وهذا أصح) أقول يؤيده

(غلط فان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشرط ولا سماع وجود المانع وهو وان رآه (قوله لان الوكيل) دليل اشتراط ما شرطته وذلك لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل لكونه نائباً عنه فيكون التوكيل تخليك التصرف وتخليك التصرف من لا يملكه بحال واقابل أن يقول الوكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل أو التصرف الذي وكل فيه والثاني مسلم وينتقص بتوكيل المسلم الذي يبيع الخمر والاول ممنوع فانه يملكه باهليته ولهذا التصرف لنفسه صحيح والجواب أن لو قيل من حيث هو وكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل على أن الملك يثبت له خلافة عن الوكيل فيما تصرف فيه بطريق الوكالة وتصرفه لنفسه ليس بطريق الوكالة ولا الكلام فيه ولا ينافيه أيضاً لجواز ثبوت شيء بأمرين على البديل والحاصل أن من شرط الوكالة أن يكون الموكل من يملك جنس التصرف وملكه الوكيل بحيث يلزمه أحكام ما باشره الوكيل لاهليته في كل فرد فرده سواء كان الموكل يملكه أو لا يعارض عرض في بعض ذلك لان مناهها على التوسع وبشرط أن يكون الوكيل ممن يعقل العقد أن البيع سالب والشراء جالب ويعرف الغبن البسيط والغبن الفاحش وهو احتراز عن الصبي الذي لم يعقل والمجنون ويقصده بان لا يكون هازلاً لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد وأن يكون من أهل العبارة وهذا يشير الى أن معرفة (٥٦٣) الغبن البسيط من الفاحش ليست بشرط في صحة التوكيل لكن ذكر في الكتاب أن ذلك شرط وهو مشكل لانهم اتفقوا على أن توكيل الصبي العاقل صحيح ومعرفة أن ما زاد على هذه نسيم في التناع وده يارده في الحيوان وده دوازده في العقار أو ما يدخل تحت تقويم المقومين بما لا يطلع عليه أحد إلا بعد الاشتغال بعلم الفقه

تخصيص المعطوف عليه بأقامة الدليل (قوله قوله لان الوكيل دليل الخ) أقول صورة القياس الموكل يملك التصرف للوكيل وكل من هذا شأنه يجب أن يكون مالكا للتصرف فقوله لان الوكيل إشارة الى دليل الصغرى وقوله فلا بد الخ الى الكبرى (قوله ما شرطته) أقول يعنى ما شرطت الو كالة به

لأن الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلا بد أن يكون الموكل مالكا لملكه من غيره (و) بشرط أن يكون (الوكيل) ممن يعقل العقل ويقصده لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فيشترط أن يكون من أهل العبارة حتى لو كان صبيلا يعقل أو مجنوناً كان التوكيل باطلاً

الموكل بنفسه ليس على اطلاقه لمخالف من مذهبي في شراء أحد العبدين أو الثوبين أو الثلاثة بغير عينة على أن يأخذ أتم ما شاء يصح وهي مذكورة في خيار الشرط من الهداية وأما الشرط الثاني وهو قوله وتلزمه الأحكام فلان الوكيل يستفيد الولاية من الموكل فلا بد من كون الموكل يملكه ثم قيل هو احتراز عن توكيل الوكيل فان الوكيل لا يثبت له حكم تصرفه وهو المالك فلا يصح توكيله الآن يصح به حقيقة أو معنى كما سذكر وقيل بل عن الصبي والعبد المحجورين فانهم مالوا واشترى بأشياء لا يملكها فلا يصح توكيلهما وصح وأورد على هذا الوجه انه يلزم صحة توكيل الوكيل بسبب انه يملك التصرف في ملكه والجواب أن ملكه شرط جواز ملكه لاعتله يلزم من وجوده الوجود فإذا كان لا يوجد عند وجود الشرط لفقد شرط آخر كإمع فقد العلة (قوله بشرط الى آخره) ما تقدم شرط الوكالة في الموكل وهذا شرطه في الوكيل وهو كونه ممن يعقل العقد ويقصده أي يعقل معناه أي ما يلزم وجوده من أنه سالب بالنسبة الى كل من المتعاقدين جالب الى كل منهما فيساب عن البائع ملك المبيع ويحمله ملك البديل وفي المشتري قلبه ما يقصده لفائدته (١) وقول بعضهم

الخمر والخمر يروى توكيل المحرم الحلال ببيع الصبي وقيل المراد به ان يكون مالكا لاصل التصرف وان امتنع بعارض النهي وبيع الخمر يجوز للمسلم في الاصل وان امتنع بعارض النهي وتلزمه الأحكام لان المطلوب من الاسباب أحكامها فان كان ممن لا يثبت له الحكم لا يصح توكيله كالصبي المحجور والعبد المحجور وبشرط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد أي يعرف ان الشراء جالب للمبيع سالب للثمن والبيع على عكسه (قوله ويقصده) أي يقصده بمباشرة السبب ثبوت الحكم وهذا لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد ان يكون من أهل العبارة أهلية العبارة تكون بالعقل لان المراد بالكلام ما يكون له صورة ومعنى وكل محدث يكون

(قوله والجواب أن الوكيل الخ) أقول كيف يقال هذا اذا وكل ذمياً ببيع هذا الخمر فانه لا يعقل فيه ما ذكره (قوله يملك جنس التصرف من جهة الموكل على أن الملك يثبت له خلافة الخ) أقول أي يملكه من جهة الموكل على هذا الوجه (قوله بحيث يلزمه أحكام الخ) أقول فيه بحث لاستلزامه أن لا يصح توكيل الوكيل المأذون له به لفقد شرطه فأسرع ما نسي ما قدمت بده (قوله ويقصده الخ) أقول فيه نامل والظاهر أن قوله ويقصده عطف تفسيرى على قوله ممن يعقل العقد الخ لا شرط آخر يؤيده أنه لم يستدل عليه بدليل يخصه وأيضاً عدم كونه هازلاً في العقد بشرط صحة ذلك العقد لا شرط صحة الوكالة (قوله لانه يقوم مقام الموكل الخ) أقول هذا تعليل لقوله ويشترط أن يكون الوكيل الخ (قوله وهذا) أقول يعنى التعليل أشار به الى قوله لانه يقوم الخ (قوله يشير) أقول حيث اكتفى بمجرد كونه من أهل العبارة (قوله ليست بشرط الخ) أقول ولهذا لم يذكرها العلامة النسفي في السكافي ولم يزد في تفسير قوله يعقل العقد على ان قال أي يعرف ان الشراء جالب للمبيع سالب للثمن والبيع على عكسه (قوله ومعرفة أن ما راد الى قوله مما لا يطلع) أقول ومعرفة مبسداً وقوله مما لا يطلع خبره (قوله مما لا يطلع عليه أحد الخ) أقول مسلم فان يرى كثيراً من الصبيان يعرف ذلك من غير اشتغال علم الفقه بل بالسماع من النقات وكثرة المباشرة بالمعاملات ثم قد يقام النسيان قول الكمال وقول بعضهم الخ مبتدأ خبره أي ارتباط الخ أي يقال لذلك لبعض أي ارتباط الخ كذا بهامش الاصل (١)

(واذا وكل الحر البالغ أو الماذون البالغ مثلها مجازاً) ويغهم جواز توكيل من كان فوقهما بطريق الأولى لأن الموكل مالكاً للتصرف والوكيل من أهل العبارة وكل وكالة كان الموكل مالكاً للتصرف والوكيل من أهل العبارة فيها صحيحة لما تقدم وان وكل الحر البالغ صبياً محجوراً عليه أو عبداً محجوراً عليه أو فعل الماذون ذلك جاز لا تنفاه ما يمنع ذلك أم من جانب الموكل فظاهر وأما من جانب الوكيل فلأن الصبي من أهل العبارة ولهذا ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من أهل التصرف على نفسه مالكاً له وانما لا يملك في حق المولى والتوكيل ليس تصرفاً في حقه لأنه لا يصح منهما التزام العهدة الصبي لقصور أهليته والعبد لحق سيده ويعلم من هذا التعليل أن العبد إذا أعتق لزمه العهدة لأن المانع من لزومها حق المولى وقد زال والصبي إذا باع لم يلزمه لأن المانع قصور أهليته حيث لم يكن ملزماً في حق نفسه وفي هذا الوقت فلهذا لم يلزمه بعد البلوغ وانما قيد بقوله محجوراً عليه فيهما (٥٦٤) إشارة إلى أنهم لو كانوا ماذونين تعلق الحقوق بهم الكسب بتفصيل وهو أن الصبي الماذون إذا

(واذا وكل الحر العاقل البالغ أو الماذون مثلها مجازاً) لأن الموكل مالكاً للتصرف والوكيل من أهل العبارة (وان وكلاً صبياً محجوراً راي عقل البيع والشراء أو عبداً محجوراً راي تصرفه ولا يتعلق بهما الحقوق ويتعلق بموكلهما) لأن الصبي من أهل العبارة ألا ترى أنه ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من أهل التصرف على نفسه مالكاً له وانما لا يملك في حق المولى والتوكيل ليس تصرفاً في حقه لأنه لا يصح منهما التزام العهدة أما الصبي لقصور أهليته والعبد لحق سيده فتلزم الموكل

ان هذا الشرط احتراز عن الهزل يعني أن من شرط الوكالة أن لا يهزل الوكيل في البيع والشراء أي ارتباط بين صحة الوكالة وكون الوكيل هزلاً في بيع ولو كان في بيع ما وكل ببيع غايته أن لا يصح ذلك البيع والوكالة صحيحة وخرج به الصبي الذي لا يعقل ذلك والمجنون فلا تصح وكالة أحدهما وانما اشترط ذلك في الوكيل لأنه قائم مقام الموكل في العبارة والموكل لا يصح عقده وعبارة به إلا إذا كان يعقل ذلك وأما زيادة عقلة الغبن الفاحش من غيره فلا ينبغي اشتراطه نعم ان وكاه بان يبيعه لا بغبن فاحش فينقض بنعي أن تصح الوكالة ويشترط في صحة بيع الوكيل أن يتعرفه قبل بيعه (قوله وإذا وكل الحر البالغ أو الماذون مثلها مجازاً) وأطلق في الماذون ليشمل كلاً من العبد والصبي الماذونين في التجارة لاجتماع الشروط وهي ملك الموكل التصرف ولزوم الأحكام وعقولة الوكيل معنى العتق ولم يذكر العقل مع البلوغ لأن اشتراط العقل يعرفه كل أحد ومعلوم أيضاً أن قوله مثلها ليس بقيد بل مثلها وأعلى حالاً منها كتوكيل العبد الماذون حراً ودونهما كتوكيل الحر البالغ عبداً ماذوناً (قوله وان وكل صبياً محجوراً عليه يعقل البيع والشراء أو عبداً محجوراً عليه جاز ولا يتعلق الحقوق بهما بل بموكلهما) هذا الكلام له منطوق وفهوم فنطوقه بظاهر وجهه ما ذكر المصنف (من أن الصبي) أي العاقل (من أهل العبارة) حتى (نفذ تصرفه باذن وليه والعبد) من أهل التصرف في (حق نفسه مالكاً له) وانما لا يملك في حق المولى والتوكيل ليس تصرفاً (من الموكل) في حقه لأنه لا يصح منهما التزام العهدة فالصبي لقصور أهليته والعبد لحق سيده فتلزم الموكل) ويعرف من كون انتفاء تعلق الحقوق بالعبد لحق السيد أنه لو أعتق بعد أن باشر الشراء لزمته الحقوق بخلاف الصبي لو باشر ما وكل به ثم بلغ لانه يرجع موجوداً بصورة ومعناه معنى الكلام لا يوجد إلا بالعقل والتمييز (قوله ولا يتعلق بهما الحقوق) كالتقاضي وامينه ثم الصبي إذا باع لم يلزمه تلك العهدة والعبد إذا أعتق يلزمه تلك العهدة لأن المانع في حق العبد حق المولى وقد زال وفي حق الصبي حقه وحقه لا يرول بالبلوغ (قوله والعبد من أهل التصرف على نفسه) ولهذا

وكل بالبيع فباع لزمه العهدة سواء كان الثمن سلاً أو مؤجلاً وإذا وكل بالشراء بثمن مؤجل لم يلزمه قياساً واستحساناً بل يكون على الأمر بطالبه البائع بالثمن لأن ما يلزمه من العهدة ليس بضمان ثمن لأن ضمان الثمن لا ينفذ الملك للضامن في المشتري وليس هذا كذلك انما هذا التزم ما في ذمته استوجب مثل ذلك على موكله وذلك معنى الكفالة والصبي الماذون يلزمه ضمان الثمن ولا يلزمه من الشيء مقام ذلك الشيء كما سبق في مباحث عدم قبول شهادة الاعشى في هذا الكتاب وأما فيما نحن فيه فالتمسك من المعرفة بالعقل وذلك موجود في الصبي الذي كلامنا فيه فليتنامل (قال المصنف وإذا وكل الحر البالغ أو العبد الماذون

مثلها مجازاً) أقول قال صدر الشريعة ولو قال كلاماً منها كان أشبهل لتناوله فوكيل الحر البائع مثله والماذون فوكيل الماذون مثله والحر البائع والمراد بالماذون الصبي العاقل الذي أذنه المولى والعبد الذي أذنه المولى انتهى وفيه تأمل (قوله أو الماذون البالغ) أقول لعل قيد البالغ هنا وقع سهواً (قوله ويغهم جواز توكيل من كان فوقهما الخ) أقول ما فوق الحر البالغ هو الحر البالغ السكائن من أهل دار الاسلام المسلم فان النوع قد يتقدم رتبة على الجنس كما مر في موضعه (قوله لأن الموكل مالكاً للتصرف الخ) أقول لأن الموكل تعليل لقوله جاز ولكن بقي ههنا بحث فانه لو صح هذا الدليل لزم صحة توكيل الوكيل الغير الماذون به لجر بانه فيه بعينه إلا أن يعتبر فيه عدم المانع في التكبري أو يقال المراد بملك الكفاية التصرف هو المالكية استقلالاً من غير استفادة من غيره وفيه شيء الخروج فوكيل الوكيل الماذون به والظاهر أن الشمول له مقصود أيضاً قال المصنف والعبد من أهل التصرف) أقول كان اللائق بحسب الظاهر أن يقول والعبد أيضاً من أهل العبارة إلا أنه سلك هذا الطريق لتكفله ببيان أهلية العبارة مع دفع ما يرى ظاهراً من عدم جواز هذا التوكيل لكونه بمنزلة جازاً لا يقدر على شيء فليتنامل

وعن أبي يوسف رحمه الله أن المشتري إذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبي أو مجنون له خيار الفسخ لأنه دخل في العقد على أن حقوقه تتعلق بالعقد فإذا ظهر خلافه يتخير كما إذا عثر على عيب

ضمنان الكفالة وأما إذا وكل بالشراء بثمن حال فالقياس أن يلزمه العهدة وفي الاستحسان يلزمه لأن ما التزمه ضمان كفالة لا ضمان ثمن لأن ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن في المشتري وهذا لا يفيد الملك للضامن إنما التزم ما لا على موكله استوجب مثله في ذمته وهو معنى الكفالة والصبي المأذون يلزمه ضمان الثمن لا ضمان كفالة وأما إذا وكله بالشراء بثمن حال فالقياس أن لا يلزمه العهدة وفي الاستحسان يلزمه لأن لصبي ملكاً حكماً في المشتري فإنه يحبس به الثمن عن الموكل حتى يستوفيه كالمشتري لنفسه ثم يباع منه والصبي المأذون من أهل أن يلزمه ضمان الثمن بخلاف ما إذا كان الثمن مؤجلاً لأنه بما يضمن من الثمن لا ملك المشتري لا حقيقة ولا حكماً فإنه لا يحبس به عن الموكل إلى الاستيفاء والعبد إذا توكل على هذا التفصيل ثم أعلم أن العبد والصبي المحجورين وإن لم تتعلق بهما الحقوق فلهما ضمان الثمن وتسليمهما المبيع اعتباراً لما ذكر في الكتاب بعد هذا في التوكيل بعقد السلم فقال والمسحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وإن لم تتعلق بهما الحقوق كالصبي والعبد وفي المبسوط أن كان المأذون مرتدًا جاز بيعه لأنه من أهل العبارة المعتمدة ولكن يتوقف حكم العهدة عند أبي حنيفة فإن أسلم كانت العهدة تليبه والأدلى الأمر وعندهما العهدة عليه على كل حال وهو نظير اختلافهم في تصرفات المرتد لنفسه ببيع أو شراء ونظير الصبي والعبد المحجورين في عدم تعلق الحقوق الرسول والقاضي وأمينه (قوله والعقد)

لو أقر بالمال لزمه بعد الحرية وصح إقراره بالقصاص والحدود (قوله ثم علم أنه صبي أو مجنون) قيل المراد بالمجنون الذي يعقل البيع والشراء حتى تصح الأمانة ويكون بمنزلة الصبي المحجور وقيل على حاشية نسخة المصنف محجور مقام قوله مجنون وفي السكافي للعلامة النسفي رحمه الله وعن أبي يوسف رحمه الله أن المشتري إذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبي محجور أو عديم محجور جاز له الفسخ فالظاهر أن قوله مجنون تصحيف والعقد الذي يعقده الوكيل أي جنس العقد

هذا ما انتهى إليه كلام الامام السكالي بن الهمام رحمه الله و يليه تكملة شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زاده المتوفى سنة ٩٨٨ تغمدهم الله برحمته آمين

* (فهرست الجزء السادس من فتح القدير والكفاية على شرح الهداية لشيخ الاسلام
برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني) *

| صفحة | صفحة |
|---|------------------------------------|
| باب خيار العيب ٢ | ٣١٥ (كتاب الحوالة) |
| باب البيع العاسد ٤١ | ٣٥٦ (كتاب أدب القاضي) |
| فصل في أحكامه ٩٢ | ٣٧٥ فصل في الحبس |
| فصل فيما يكره ١٠٦ | ٣٨١ باب كتاب القاضي الى القاضي |
| باب الاقالة ١١٣ | ٣٩٥ فصل آخر |
| باب المراجعة والتولية ١٢١ | ٤٠٦ باب التكميم |
| فصل ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول الخ ١٣٥ | ٤١٠ مسائل منتورة من كتاب القضاء |
| باب الربا ١٤٦ | ٤٢٥ فصل في القضاء بالمواريث |
| باب الحقوق ١٧٨ | ٤٤١ فصل آخر |
| باب الاستحقاق ١٨٢ | ٤٤٦ كتاب الشهادات |
| فصل في بيع الفضولي ١٨٨ | ٤٦١ فصل يتعلق بكيفية الاداء ومسوغه |
| باب السلم ٢٠٤ | ٤٧٣ باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل |
| مسائل منتورة ٢٤٥ | ٥٠٠ باب الاختلاف في الشهادة |
| (كتاب الصرف) ٢٥٨ | ٥١٨ فصل في الشهادة على الارث |
| (كتاب الكفالة) ٢٨٢ | ٥١٢ باب الشهادة على الشهادة |
| فصل في الضمان ٣٢٩ | ٥٢٣ فصل في حكم شاهد الزور |
| باب كفالة الرجلين ٣٣٧ | ٥٣٦ كتاب الرجوع عن الشهادة |
| باب كفالة العبد وعنه ٣٤١ | ٣٥٦ كتاب الوكالة |

* (تمت) *

